

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCOS AUGUSTO BERNARDES BONFIM

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DE RISCOS: A PREVENÇÃO E A
PENA CIVIL

CURITIBA

2020

MARCOS AUGUSTO BERNARDES BONFIM

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DE RISCOS: A PREVENÇÃO E A
PENA CIVIL

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR), Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2020

B713r

Bonfim, Marcos Augusto Bernardes

A responsabilidade civil na sociedade de riscos: a prevenção e a pena civil. [meio eletrônico] / Marcos Augusto Bernardes Bonfim. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Danos (Direito). 3. Pena (Direito). I. Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347.51

**Catalogação na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto - CRB 9/1217**

ATA Nº77

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia oito de abril de dois mil e vinte às 10:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MARCOS AUGUSTO BERNARDES BONFIM**, intitulada: **A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DE RISCOS: A PREVENÇÃO E A PENA CIVIL**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARIA CANDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), NELSON ROSENVALD (INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 08 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica

08/04/2020 14:07:52.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

10/04/2020 08:12:23.0

MARIA CANDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/04/2020 13:43:05.0

NELSON ROSENVALD

Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MARCOS AUGUSTO BERNARDES BONFIM** intitulada: **A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE DE RISCOS: A PREVENÇÃO E A PENA CIVIL**, sob orientação do Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 08 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica

08/04/2020 14:07:52.0

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

10/04/2020 08:12:23.0

MARIA CANDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

08/04/2020 13:43:05.0

NELSON ROSENVALD

Avaliador Externo (INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO)

AGRADECIMENTOS

Deixo – temporariamente – a Universidade Federal do Paraná depois de oito anos desde que aqui pisei pela primeira vez.

Mais do que o conhecimento necessário para minha profissão, essa Instituição teve um papel relevante na forma como hoje enxergo o mundo e a mim mesmo.

Face aos docentes que participaram dessa trajetória me considero devedor de uma dívida impagável. A eles agradeço imensamente. O faço na pessoa da Professora Maria Cândida, com quem tive a felicidade de estabelecer uma relação de admiração e respeito, e na pessoa do Prof. Carlos Pianovski, zeloso orientador deste trabalho e de quem pude aprender lições de excelência e dedicação que levarei comigo no intuito de repassá-las.

O agradecimento se estende ao contribuinte brasileiro, principalmente aquele dos estratos econômicos menos abastados, que com muito esforço custeou meus estudos. Levo comigo a esperança e a vontade de retribuir, empregando o conhecimento adquirido nestes anos na realização da justiça social.

Ainda, foram muitos os que, à sua maneira, auxiliaram na confecção deste escrito.

Agradeço à Susan pela paciente e indispensável revisão deste texto e por suas pertinentes críticas e sugestões que o aprimoraram.

Agradeço aos amigos de sempre e irmãos por eleição, Caio, Mizu e Lúcio, pela partilha dos momentos sem os quais faltaria o ânimo para o desempenho das tarefas acadêmicas.

Agradeço aos meus pais, que sempre propiciaram os meios, financeiros e afetivos, para que pudesse desenvolver meus estudos e minha personalidade.

Agradeço à Sônia Stabile, que há tempos adotei como mãe, e que contribuiu com sua atenção e especial carinho.

Agradeço, ainda, aos tantos outros que fizeram possível e prazerosa essa jornada durante o Mestrado e cuja citação nesse espaço faria dos agradecimentos algo maior que o corpo da dissertação.

Pensar significa transpor. Contudo, de tal maneira que aquilo que está aí não seja ocultado nem omitido. Nem na sua necessidade, nem mesmo no momento para superá-lo. Nem nas causas da necessidade, nem mesmo no princípio da virada que nela está amadurecendo. Por essa razão, a transposição efetiva não vai em direção ao mero vazio de algum diante-de-nós, no mero entusiasmo, apenas imaginando abstratamente. Ao contrário, ela capta o novo como algo mediado pelo existente em movimento, ainda que, para ser trazido à luz, exija ao extremo a vontade que se dirige para ela. A transposição efetiva conhece e ativa a tendência de curso dialético instalada na história. (Ernst Bloch em “O princípio esperança”).

RESUMO

O presente trabalho se insere no contexto da atual “sociedade de riscos”, isto é, uma sociedade continuamente submetida à ameaça de danos graves e irreversíveis derivados de um modelo econômico outrora calcado na irrestrita liberdade dos empreendedores. Tomando-o como premissa, se debruça sobre os princípios que devem guiar a responsabilidade civil contemporânea. Nesse propósito, partindo da percepção de uma crise no seio do instituto, derivada da fratura entre seu conceito tradicional – reparatório – e as funções dele hoje exigidas e praticadas no âmbito jurisprudencial – também preventivas –, enfatiza a necessidade, para a eficácia e segurança jurídica da disciplina, de se debater os vetores normativos que hoje devem iluminá-la. Sugere, nessa missão, seja a responsabilidade civil bifurcada, restando, de um lado, guiada pelo princípio de garantia da vítima e, de outro, pelo princípio de prevenção de danos. Nesse escopo, através do minucioso exame das críticas destinadas a este intento por uma cultura jurídica ainda apegada ao dogma da reparação integral do ofendido, oferece substrato teórico (nos dois primeiros capítulos) e prático (no terceiro capítulo) ao desempenho da tarefa de correção da conduta dos atores de mercado pela responsabilidade civil. Para tanto, situa o instituto na passagem do paradigma do *laissez faire* ao paradigma do desenvolvimento sustentável, fundamentando ética e juridicamente o princípio da prevenção de danos que já desponta em seu horizonte. Além disso, estabelece, por fim, diretrizes práticas para a concretização deste vetor normativo, sugestionando a incorporação da pena civil ao instrumental do instituto, e indicando os caminhos para que sua operacionalização se faça de maneira eficiente e sem prejuízos à reparação da vítima e às garantias constitucionais materiais e processuais.

Palavras-chave: responsabilidade civil; sociedade de riscos; prevenção de danos; pena civil.

ABSTRACT

The following work is inserted in the context of the present “risk society”, a society which is continuously under the threat of grave and irreversible damages which derive from an economic model previously based on the unrestricted liberty of the entrepreneurs. Taking that context as a premise, it dwells on the principles that should guide current tort law. To that purpose, starting at the perception of a crisis in the core of the institution, derived from a fracture between its traditional – compensatory – concept and the uses that are currently required from it and materialised in the judicial field – also preventive –, the work emphasises the need, to assure efficiency and legal certainty to the subject, of debating the normative standards that should inform it. It is suggested, to that goal, that the tort law be bisected, so that it is, on one side, guided by the principle of the victim’s insurance and, on the other, by the principle of damage prevention. In this scope, through thorough analysis of the critics aimed at this attempt by a legal culture which is still bound to the dogma of the complete compensation of the victim, theoretical (on the first two chapters) and practical (on the third chapter) basis are set for performing the task of correcting the economic agents’ conducts through tort law. For that end, the institution is situated on the transition from the *laissez faire* paradigm to the sustainable development paradigm, ethically and legally substantiating the principle of damage prevention which already arises as a future prospect. Furthermore, practical guidelines are established for materialising this normative standard, suggesting the incorporation of civil fines to the scope of the institution and pointing out the ways for it to be operationalised in an efficient way with no harm to the victim’s compensation or to the material or procedural constitutional rights and warranties.

Key words: tort law; risk society; principle of damage prevention; civil fine.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO: O QUE É RESPONSABILIZAR?	6
1	DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: O PRINCÍPIO DE GARANTIA DA VÍTIMA	10
1.1	LACUNAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: O ILÍCITO LUCRATIVO	21
1.2	LACUNAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: A SOCIEDADE DE RISCOS	34
2	DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO DEVER DE EVITAR OS DANOS: O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.....	40
2.1	UM INSTITUTO EM ADAPTAÇÃO	50
2.2	O ORDENAMENTO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO: A INEXISTÊNCIA DE SEPARAÇÃO HERMÉTICA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL	63
2.3	ASPECTOS DO NOVO INGRESSO DA CULPA NO DIREITO PRIVADO: O SEU PAPEL E A NECESSIDADE DE PREVISÃO DA PENA CIVIL EM LEI ..	93
3	DA PENA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE DANOS... ..	118
3.1	A EXPERIÊNCIA DOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS.....	118
3.2	OPERACIONALIZAÇÃO DA PENA CIVIL À LUZ DO CONTEXTO BRASILEIRO	142
3.2.1	<i>O princípio da legalidade e os pressupostos da pena civil</i>	<i>143</i>
3.2.2	<i>Critérios de fixação do quantum punitivo.....</i>	<i>149</i>
3.2.3	<i>A securitização da pena civil.....</i>	<i>154</i>
3.2.4	<i>O non bis in idem e suas repercussões na aplicação da pena civil</i>	<i>156</i>
3.2.5	<i>A legitimidade para pleitar a punição do ofensor</i>	<i>159</i>
3.2.6	<i>A destinação do montante punitivo.....</i>	<i>161</i>
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	167
	REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO: O QUE É RESPONSABILIZAR?

Na etimologia do termo “responsabilizar”, buscada por Michel Villey, está o vocábulo “*respondere*”, que por sua vez nos remete a “*spondere*” e “*responsor*”. Isto é, com “*spondere*”, eu prometo. Com “*responsor*”, eu respondo a essa promessa. Para o filósofo francês, em seu sentido mais ético, trata-se de um verbo essencialmente vocacionado ao futuro. Isso porque “*l’idée de se tenir garant du cours d’événements*” indica, sobretudo, a necessidade de evitar a produção de danos ao Outro¹.

Segundo a definição corriqueira dos mais tradicionais verbetes brasileiros, “responsabilizar” pode se referir a dois momentos, significando designar responsabilidade a (futuro), e pôr a responsabilidade em (passado). Exemplificando com a lição do dicionário Aurélio, “responsável” é “quem está obrigado a justificar (a outras pessoas, à sociedade) suas próprias ações” vindouras, e ainda, quem foi apontado como “causa de algo”².

Tanto na filosofia de Villey quanto nos glossários de nossa língua, o termo tem um sentido norteado ao futuro – ser responsável pela conduta que adotaremos –, e um desdobramento dirigido ao passado – ser apontado como causa de um dano em virtude daquela responsabilidade.

A resposta (“*responsor*”) à promessa (“*spondere*”) pode se dar, assim, de duas maneiras: a) agindo de forma prudente, de modo a evitar os danos (“*la responsabilité pour ce qui est à faire*”, a resposta em seu sentido mais ético, segundo Villey); b) reparando as consequências danosas de nossos atos (*la responsabilité pour ce qui a été fait, comme imputation causale des actes commis*)³.

Desejável seria conjugá-las. É dizer, fazer incidir a coerção da norma para direcionar os indivíduos ao comportamento esperado e, caso descumprido esse mandamento, fazê-los arcar com as consequências advindas de sua falta. Ter-se-ia, assim, uma responsabilidade pela ação e outra pelo dano – daquela consequente.

No entanto, quando se vai aos manuais de Direito Civil, o sentido dirigido ao porvir é decotado, e o vocábulo de que se trata recebe acepção estrita. O termo é

¹ VILLEY, Michel. **La responsabilité à travers les âges**. Paris: Economica, 1989, p. 75-77.

² HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5ª ed., 2014, e-book.

³ VILLEY, Michel, op. cit., p. 75.

definido pela doutrina com referência ao pretérito, significando unicamente a imputação causal do dever de reparar o dano (“b”). Responsabilidade civil, dirá o jurista quase automaticamente, é obrigação de indenizar⁴.

E se é indagado acerca dessa decalagem entre o pleno sentido do verbo e sua concepção jurídica, se lhe é perguntado o motivo pelo qual a responsabilidade civil não age diante da conduta ilícita e antes que o dano se produza, ele dirá: porque assim o é há muito tempo; porque a evolução histórica do Direito Civil condenou a culpa e sua punição à abolição constante; porque o progresso civilizacional engessou o controle de comportamentos no âmbito do Direito Penal⁵.

Esses são fortes condicionamentos que acometem a disciplina. Inobstante a percepção da fratura entre a realidade danosa da sociedade Pós-Moderna⁶ e o texto

⁴ Assim definem o instituto, hoje, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze; Maria Helena Diniz; Sílvia de Salvo Venosa; Carlos Roberto Gonçalves, dentre muitos outros. Todos estes autores têm suas respectivas obras citadas ao final deste trabalho. Não à toa, José Aguiar Dias, com alguma resignação, há muito aponta que “já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em se conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação de dano”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.18.

⁵ Catherine Thibierge, em interessantíssima introdução acerca do tema, simula uma conversa entre um leigo e um jurista na tentativa de livrar a análise vindoura dos condicionamentos jurídicos sobre o assunto. No diálogo concebido pela autora, Cândido, o leigo, começa indagando ao jurista: o que significa ser responsável? E o jurista define: significa responder pelos danos causados, é um dever de reparação. E Cândido replica: mas se tu és responsável pelo dano causado, por que é necessário deixar que o dano se produza para então falar em responsabilidade? Não somos responsáveis pelas nossas ações? Não somos responsáveis pelos interesses de que depende a vida humana, pela incolumidade das paisagens, pela pureza do ar e da água, pela saúde coletiva e por tantos outros bens? E o jurista reage: tu falas de uma responsabilidade muito abrangente, filosófica, política, ecológica, sanitária...o que seja. A responsabilidade civil não é assim tão larga, ela tende notadamente a versar sobre a compensação dos danos. E Cândido intervém, já um tanto inquieto: tu te satisfazes com uma noção tão estrita do termo? E o jurista, agora já um tanto constrangido, objeta: mas é assim que os juristas entendem faz dois séculos. E Cândido retruca: bom, mas desde então as coisas não mudaram? Não temos conhecimento hoje de que certos danos são demasiadamente graves para esperar a reparação? Não é essa uma questão que nos interroga de maneira cotidiana? Não achas tu que os juristas deveriam contribuir para restituir o pleno significado à noção de responsabilidade? E o jurista, acanhado, contesta: mas isso vai contra o texto do Código Civil. E Cândido assevera: não é hora de mudá-lo? Não achas que o jurista tem razões hoje para olhar no sentido da etimologia do termo? E o jurista retorque: mas isso é grandioso, seria uma revolução. E Cândido finaliza: eis uma revolução que parece necessária à qualidade de nossas vidas, ao respeito ao meio-ambiente e à saúde coletiva (THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?* Paris: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, 1999, p. 561). Essas objeções opostas pelo jurista de Catherine Thibierge, bem como as demais citadas no corpo deste texto, merecerão abordagem aprofundada no tópico 2.2 do presente trabalho.

⁶ A referência a uma sociedade Pós-Moderna será uma constante no presente trabalho, no intuito de, sem a necessidade de alongamentos, situar e re-situar o leitor no contexto de que se trata quando se fala em uma responsabilidade civil incumbida de uma tarefa de prevenção de danos. Não se olvida, com isso, de que se trata de definição disputada e que, talvez conceituar a Pós-Modernidade, diante de uma atitude “fluída” ou “eminentemente relativista” que a caracteriza, pode ser mesmo uma contradição. Não se esquece que há, inclusive, os que, como Lipovestky, negam que a Pós-

positivado – que consagra o instituto sob bases reparatórias –, tais preconceitos ainda põem névoa sobre uma mudança de paradigma, já em curso. Trata-se do movimento que busca devolver à responsabilidade civil sua aptidão normatizadora.

O instituto, hoje, vê-se em crise justamente porque, apesar de se ter como evidente a insuficiência da função de reparação de danos em uma “sociedade de riscos”⁷, os juristas ainda relutam em assumir a prevenção como um de seus escopos – talvez hoje a função que deva ser sua protagonista. Tem havido uma

Modernidade exista, e recusam que efetivamente estejamos em um “além” da Modernidade. No entanto, ante o já aludido contributo que o termo pode trazer à fluidez do texto, oferece-se, a seguir, um conceito, com a única pretensão de que ele seja compreendido para os estreitos limites deste trabalho. Isso se fará com apoio no excelente artigo a seguir referenciado: (DAS CHAGAS, Carola Alves; GUETTER, Cecília Leszczynski. Desconstruindo a Modernidade e repensando a justiça: as respostas da Pós-Modernidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, Felicidade e Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, e-book). Nessa singra, tenha-se em mente, antes de mais nada, que a Pós-Modernidade é a negação. A Pós-Modernidade é aquilo que a Modernidade não é. Por Pós-Modernidade entenda-se, assim, “a transformação cultural sofrida pelas sociedades ocidentais, especialmente no último quartel do século XX”, e que é marcada “pela oposição ao ideal racionalista da Modernidade”. Esta possuía como tripé o “universalismo, individualismo e a autonomia voltados à emancipação do indivíduo”. Buscava-se, “por meio da razão, a descoberta dos princípios explicativos que regem e coordenam os fenômenos do mundo concreto, de modo que, evidenciadas as relações causais entre eles, permitir-se-ia o controle do homem sobre os mesmos, o que, inevitavelmente, levaria ao desenvolvimento da humanidade”. No entanto, essa fé no progresso da civilização deu lugar, após o hiperdesenvolvimento das forças industriais, ao sentimento de impotência do homem, restando descumpridas as promessas da Modernidade. Como anota Boaventura de Sousa Santos, “o desenvolvimento das tecnologias gerou um enorme crescimento da capacidade de agir, sem que essa, contudo, se fizesse acompanhar de um crescimento concomitante da capacidade de prever. Tal quadro criou, depois da euforia de esperança no progresso, uma sensação de insegurança, pois os novos modelos e técnicas de compreensão e transformação do mundo geraram efeitos colaterais não previstos. Assim, a percepção dos efeitos nocivos da industrialização desmedida sobre o meio ambiente e o crescimento da consciência ecológica, por exemplo, representaram um golpe no modo de pensar moderno, na medida em que colocaram em questão a legitimidade dos pressupostos do pensamento científico e, por consequência, de todos os discursos da Modernidade – político, jurídico, etc – que adotaram seu método como referência. Essa crise no processo civilizatório moderno é o que Sérgio Rouanet vai chamar de ‘mal-estar’ da Modernidade”. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 51). A Pós-Modernidade é, por isso, “avessa aos grandes esquemas de pensamento, às respostas únicas e universalmente válidas”. Em oposição à “sistematização, a perenidade e a coerência, tão caras aos esquemas de pensamento modernos”, “o pós-modernismo incorpora as ideias de efemeridade, fragmentação, descontinuidade e caos como inerentes à forma de conhecimento por ele proposto”. (DAS CHAGAS, Carola Alves; GUETTER, Cecília Leszczynski, op. cit., e-book). A atitude que vem dessa nova sociedade abre-se, no entanto, a incessantes disputas, e que, em sua maioria, giram em torno de uma substituição da crença inabalável nas ciências e na liberdade individual por uma atitude de indiferença de quem não mais vislumbra um futuro promissor. O presente trabalho, de forma diversa, se filia ao pensamento de Boaventura de Sousa Santos, filósofo segundo o qual ao invés de se resignar diante da sucumbência da Pós-Modernidade aos ditames do capitalismo predatório, cuja descentralizada expansão e reprodução irão tomar a forma da sociedade e da cultura se nada for feito, é preciso praticar uma “Pós-Modernidade de oposição”, isto é, identificar na Modernidade um colapso enquanto projeto epistemológico e cultural, “o que vem a abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e ecossocialista”. (BOAVENTURA, Sousa Santos, op. cit., p. 166-167).

⁷ A noção de “sociedade de riscos”, concebida pelo sociólogo Ulrich Beck e intimamente ligada à de Pós-Modernidade, será esmiuçada adiante, em espaço próprio, no tópico 1.2 do presente trabalho.

nítida opção por incorporar de forma velada os necessários instrumentais voltados à repressão de ilícitos.

Faz-se urgente, por isso, em nome da eficácia da disciplina, bem como da segurança jurídica, pôr-se às claras os princípios – velhos (garantia da vítima) e novos (prevenção de danos) – que hoje devem guiá-la, debatendo, minuciosamente, as críticas à assunção da tarefa de contenção dos comportamentos antissociais pela responsabilidade civil. Só assim se pode demonstrar que essas amarras não têm razão de ser. Consequência natural será a necessidade de discutir o campo que deve restar iluminado por cada um desses princípios, bem como os impactos da revisão dos fundamentos do instituto nos pressupostos que o acionam.

A primeira parte deste trabalho (consistente nos dois primeiros capítulos) destina-se a essa ampla tarefa. Dialogando com as objeções dirigidas a esse intento, buscar-se-á evidenciar que, em um ordenamento jurídico que deve estar funcionalizado à tutela dos direitos fundamentais, prevenir danos graves e irreversíveis por meio do Direito Privado, fazendo disso uma tarefa da responsabilidade civil, é algo tão necessário quanto adequado.

Após apresentadas, nesta etapa inicial, as bases teóricas de uma responsabilidade civil preventiva capaz de conviver com o escopo de garantia da vítima, a segunda parte do estudo será voltada à sua operacionalização.

Nesse desiderato, tratar-se-á da punição civil como meio – autônomo à reparação de danos – de que devem se servir os operadores do Direito Civil para o alcance do desejado efeito de dissuasão dos agentes lesivos. Cumprirá, nesta fase, abordar seus pressupostos e critérios de quantificação, bem como discutir a legitimidade para pleitear a punição, a destinação do montante punitivo e a (im)possibilidade de sua securitização. Ainda, caberá debater as garantias materiais e processuais que devem acompanhar a aplicação da sanção punitiva, para que a responsabilidade civil atinja seu desiderato de prevenção sem colocar em risco outras garantias constitucionais.

1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: O PRINCÍPIO DE GARANTIA DA VÍTIMA

A função de reparação de danos é bem sedimentada na trajetória do instituto da responsabilidade civil. Ela vige praticamente sozinha desde o advento das codificações modernas, quando se pretendeu expurgar a punição da esfera cível, engessando-a no Direito Penal⁸. No entanto, foi apenas a partir da segunda metade do século XIX que ela passou a ser povoada pelo princípio de garantia da vítima.

A saber, a regra de ouro da responsabilidade civil, consagrada nos Códigos oitocentistas, era a de que cada um é responsável pelos danos causados por sua culpa⁹. Não havia, nessa fórmula, um foco dirigido unicamente ao ofendido. Recaía também – quiçá principalmente – um juízo de valor acerca do comportamento do ofensor, rendendo legítima a obrigação de indenizar tão somente quando sua conduta fosse moralmente repreensível¹⁰.

A doutrina católica, que sempre influenciou o instituto, mais uma vez fornecia suas bases com as noções de livre-arbítrio e expiação dos pecados. Com amparo nos dogmas da religião, o dever de reparar não se justificava por si mesmo, mas apenas se mostrava justo quando o dano fosse fruto de uma conduta mal-intencionada¹¹.

⁸ Segundo Nelson Rosenvald, a responsabilidade civil possui um sentido estável a partir do século XIX, significando, desde então, dever de reparar. Enfatiza o autor que se antes tinha-se uma ideia de “atribuição (da ação a seu agente)” e “retribuição (da falta a seu agente)”, as codificações modernas, imersas no paradigma da liberdade, deslocaram o foco do instituto civilista, reduzindo-o a uma orientação retrospectiva, que assim remanesceu durante esses duzentos anos, confundindo-se, hoje, com a própria definição de responsabilidade nessa seara. O viés prospectivo, a ideia de atribuição, restou enclausurada no Direito Penal, submetida ao rígido controle das garantias em face do poder punitivo estatal. (ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 29-32). As razões dessa cisão histórica serão abordadas mais a frente, no tópico 2.2.

⁹ Na redação original do Code Napoléon ela era assim formulada : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁰ Flávio Higa adverte que, ao contrário do que em uma análise apressada poderia se extrair, a redução da responsabilidade civil, no início do século XIX, a uma missão reparatória, não tinha como centro das suas preocupações as vítimas de danos injustos. Ressalta o autor que, de modo diametralmente oposto, “o alfa e o ômega da reparação encontravam-se no binômio ‘crime e castigo’, que tinha na culpa não apenas a sua condição, mas também a própria medida ressarcitória [...] por conta disso, o direito da responsabilidade civil centrou suas preocupações muito mais na censura do ofensor culpado do que nas vítimas de danos injustos, num juízo que se baseava na reprovação ética”. (HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva**: os “*punitive damages*” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 210).

¹¹ Flávio Higa leciona que o cristianismo “propiciou o ambiente necessário para que a culpa encontrasse campo para o seu exponencial alargamento. A Igreja Católica era a mais importante e sólida das instituições, produtora de vasta dogmática sobre livre-arbítrio, pecado e punição, não

A roupagem do instituto ainda parecia adequada para uma sociedade pouco complexificada, cujos prejuízos eram produzidos ocasionalmente e se adstringiam, no mais das vezes, à relação direta entre dois particulares¹².

De se destacar também que tal concepção produzia, ainda que lateralmente, um efeito preventivo, vez que não incidia a carga da reparação de danos sobre quem agisse como um “bom cidadão”¹³.

Entretanto, com o advento da revolução industrial, esse cenário mudou radicalmente.

Os novos processos de manufatura trouxeram consigo uma exponencial multiplicação dos acidentes, de sorte que o dano, antes eventual, passou a ser fenômeno regular, frequente, e até mesmo inevitável diante do emprego das novas máquinas¹⁴.

somente no cabedal das homilias sacerdotais, mas também como munção formadora do pensamento jurídico da época. Os critérios comportamentais alinhavados pelo clero tiveram uma relação imanente e indissociável com os pressupostos da responsabilidade civil, representando, em verdade, única fonte deontológica da legitimação do dever de reparar”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 210-211). A culpa, em resumo, ante a influência católica, era vista como aspecto de humanização da responsabilidade civil, devendo ser imputada a obrigação de indenizar apenas a quem tivesse agido de modo reprovável. Ou, nas palavras de Anderson Schreiber, a culpa, ante a “difusão da ideologia cristã, ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre-arbítrio e de sua má-utilização pelos fiéis”, e assim assegurava uma “justificativa ética” ao dever de reparar. (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo : Atlas, 2015, p. 16).

¹² Destaca André Tunc que, a esse tempo, « avant l’accession de la machine à l’importance qu’elle présent aujourd’hui dans la vie quotidienne, les accidents étaient rares ». (TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris : Economica, 1981, p. 60). Catherine Thibierge completa afirmando que, nesse contexto pré-revolução industrial, « qui disait dommage disait dommage individuel », o que, segundo a autora, acabará por mudar radicalmente quando do advento do maquinismo, pois « [ces règles de responsabilité] sont ‘elles toujours valables pour la sphère la plus proche, quotidienne de l’interaction humaine. Mais cette sphère est surplombée par le domaine croissant de l’agir collectif dans lequel l’acteur, l’acte et l’effet ne sont plus le mêmes que dans la sphère de proximité ». (THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 3).

¹³ Para Rosenvald, a regra de ouro da responsabilidade civil clássica, isto é, “a noção de que o dano deva recair sobre o sujeito que o tenha culposamente provocado”, acarretava numa “responsabilização exclusiva do autor do dano”, o que “detinha inegável valor moral”. Isso “haja vista que uma condenação de caráter ‘personalíssimo’ – mesmo que de característica exclusivamente econômica – culminava por gerar perifericamente um efeito inibitório, desestimulando o ofensor à reiteração da conduta perante outros potenciais membros da coletividade”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 108).

¹⁴ Maria Celina Bodin de Moraes relembra que se na pré-Modernidade os acidentes eram tidos como algo extraordinário, inesperado, com a industrialização os danos se tornam algo habitual, algo cotidiano, “decorrente do curso natural” de algumas atividades econômicas, danos que de forma estatisticamente calculável “devem acontecer”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006, p. 17). A esse respeito, André Tunc ensina que « cette coexistence d’hommes et de machines multiplient les morts et les blessures, cependant que les machines par elles-mêmes accroissent le nombre et la gravité des dommages [...] avec le développement de l’industrie et des véhicules, l’accident est devenu un fait de la vie courante [...] l’âge de la machine effectuent sur les vies, sur le corps et sur les

Não apenas o prejuízo se tornou fato cotidiano, como também a prova do causador do dano passou a ser, no mais das vezes, tarefa diabólica. Assistiu-se, nesse contexto, à proliferação dos “danos anônimos”, isto é, ofensas cujos protagonistas não estão necessariamente em contato¹⁵. Exemplo mais simbólico e recorrente era o do operário da fábrica que não conseguia comprovar a participação do patrão face ao prejuízo causado pelo maquinário¹⁶.

propriétés, un prélèvement considérable et a peu près régulier ». (TUNC, André, op. cit., p. 59-60). O historiador Lawrence Friedman bem sintetiza o contexto ao afirmar que “as novas máquinas tinham uma absurda e sem precedente capacidade de esmagar o corpo humano. As fábricas logo estavam manufaturando lesões e mortes tanto quanto seus produtos ordinários”. (FRIEDMAN, Lawrence. **A History of American Law**. New York: Simon & Schuster, 2005, p. 350).

¹⁵ Sublinha Catherine Thibierge que « avec le développement du machinisme puis de la circulation automobile et des transports en général, apparaît une catégorie particulière de dommages : les accidents. Plus anonymes car leurs protagonistes ne sont plus nécessairement en contact, dotés de causes plus difficiles à déterminer, leur nombre, leur caractère répétitif situent le dommage sur un plan plus collectif et appellent des solutions sur ce plan ». (THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 3). É de se destacar, ainda, como faz Anderson Schreiber, que a culpa cuja prova se exigia não era o conceito objetivado que temos hoje, mas a culpa subjetiva, a culpa imbuída dos dogmas religiosos, isto é, a culpa em sua “versão de falta de moral”, tratando-se da necessidade de provar os “impulsos anímicos do sujeito”. Bem por isso, ao momento em que os danos passam a ser causados pelas máquinas, a culpa torna-se “elemento de difícil comprovação [...] incompatível com os limites naturais da atividade judiciária”. Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber concluem que, neste período, “o desenvolvimento do capitalismo industrial”, a “complexificação social” e a “proliferação de acidentes ligados às novas tecnologias”, geraram diversos danos que são “inteiramente despersonalizados, anônimos”, cuja prova da culpa do ofensor “tornava-se verdadeiramente odiosa”, uma tarefa “quase impraticável”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, p. 248, v.9, n.29, 2006 e SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 17). Na mesma linha, Flávio Higa arremata que “a exigência dessa prova diabólica obliterava, com sofisticada desfaçatez, o direito material [à reparação], que não era escancaradamente negado em abstrato, mas dissimuladamente vedado em concreto, diante do empecilho processual quase intransponível que representava a demonstração do pressuposto da culpa. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 211-212).

¹⁶ Sublinha Anderson Schreiber que o trabalhador, o mais afetado pelos danos causados pela industrialização, não conhecia as minúcias técnicas do maquinismo empregado, e via-se em uma condição de óbvia vulnerabilidade em virtude de sua relação de subordinação, de forma que a exigência da prova da culpa do patrão era para ele uma “*probatio diabólica*”. Como pondera José Fernando de Castro Farias, “essa abordagem obedecia a uma lógica individualista e tornava-se incompatível com a complexidade das práticas industriais, em que o risco de acidente era cada vez maior, de forma que a visão tradicional passa a ser considerada completamente injusta em relação aos operários, a quem se impunha a necessidade de uma prova impossível [...]”. (SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 17-18). Na mesma linha anota Sérgio Cavalieri Filho: “Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro impossibilidade – de provar a culpa do patrão”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 180).

A situação era de todo injusta, fazendo pesar sobre a vítima, e não sobre o desenvolvedor da atividade econômica, os efeitos colaterais da industrialização, agravando disparidades sociais¹⁷.

Diante desse contexto, e principalmente após o advento do Estado Social de Direito, o requisito da culpa do ofensor, fundamento individualista das codificações modernas, começou a ser fortemente questionado. Afinal, representava um filtro quase intransponível para a pretensão reparatória. A comunidade, em um movimento que se deu de forma gradativa, passou a exigir a certeza da reparação da vítima independentemente da prova do estado anímico do responsável. A justiça do fundamento moral da atribuição do dever de indenizar deu lugar à sensação de injustiça de se deixar o ofendido ao relento. Finalmente, o dano, recorrente, não era mais visualizado como mera fatalidade, golpe do destino, mas como uma iniquidade a ser remediada pelo Estado Providente¹⁸.

¹⁷ Tinha-se, aí, como observa André Tunc, uma clara divisão entre « ceux qui bénéficient et ceux qui en souffrent », relativamente aos efeitos da industrialização. Para o autor, « un grand nombre de juristes éprouvent les plus grandes difficultés à voir simplement la réalité : l'injustice qu'il y a, alors que celui qui cause à autrui un dommage n'en est plus responsable, à faire peser sur la seule victime le poids de la responsabilité pour faute [...] elle venait pour une part d'une philosophie individualiste. En partie aussi du fait que ceux qui bénéficiaient le plus du développement du machinisme ne voulaient pas que celui-ci se trouve chargé des demandes des victimes d'accident ». (TUNC, André, op. cit., passim).

¹⁸ Na feliz síntese de Patrice Jourdain, « aujourd'hui la machine est partout et l'homme est de plus en plus fréquemment victime de ses défaillances. Cette évolution technique et les risques 'technologiques' qu'elle engendre ont fait naître des problèmes nouveaux qu'il a bien fallu prendre en compte. La notion de dommage accidentel – au sens du dommage essentiellement fortuit qui n'est que la réalisation d'un risque né de l'activité humaine – a connu un développement spectaculaire [...] ces dommages touchent un nombre élevé de victimes et prennent parfois par leur ampleur des allures de catastrophes. Le droit se trouve confronté aux difficultés nées du besoin d'indemnisation de ces dommages. Car, en même temps que croissent les activités dangereuses, l'homme accepte moins bien les coups du destin. Il refuse le malheur et demande réparation de tout dommage qu'il subit. La valorisation de la personne humaine conduit les citoyens à exiger toujours plus de l'État-providence [...] dans ce contexte, la commisération sociale, qui jusque là profitait surtout aux responsables tenus de leurs seules fautes, se tourne soudainement du côté des victimes. La faute, comme fondement unique de la responsabilité civile, semble être alors un vêtement bien étrié pour indemniser toutes les victimes. Au moment où s'affirme avec plus de force la fonction indemnitaire de l'institution, le fondement spiritualiste et individualiste que lui a donné le Code Civil semble de plus en plus inadapté à cette fin ». (JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 5^aed. Paris : Dalloz, 2000, p. 11). Na mesma linha, observa André Tunc: « l'attitude traditionnelle ne pouvait être conservée d'une manière exclusive dès lors que les accidents n'étaient plus le résultat de circonstances exceptionnelles, mais la conséquence de l'usage de machines dangereuses entraînant leur production à un certain rythme. La responsabilité sans faute [...] apparaît nécessaire pour la protection des travailleurs utilisant des machines autrement dangereuses. Des considérations d'humanité, de moralité, de droit et d'économie politique, se combinaient pour demander une réforme ». (TUNC, André, op. cit., p. 95).

Essa transformação fez deslocar o foco da responsabilidade civil para o ofendido e seu prejuízo, buscando sua garantia de reparação¹⁹.

Muitas foram as mudanças que, iluminadas por esse espírito, marcaram a trajetória da disciplina neste período.

Primeiro no domínio dos acidentes de trabalho, depois em matéria dos transportes ferroviários – searas em que os danos da industrialização se faziam mais frequentes –, o conceito de culpa, então subjetivo, foi sendo objetivado – passando de um estado de espírito à violação de um dever objetivo de cuidado. Seguiram-se presunções de culpa, isenções de culpa, até se perceber que a culpa era um vestuário apertado demais para os novos tempos.

Concebeu-se, então, a teoria do risco da atividade, expandindo-se, aos poucos, os regimes especiais que consagravam uma responsabilidade objetiva^{20 21}.

¹⁹ Como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, “o foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada [...] questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil... op. cit., p. 245-250).

²⁰ Há que se ter em mente, como ressalva Boris Starck, que essa mudança se deu por etapas, deflagrando o apego que se tinha, na tradição romano-germânica, à ideia de culpa como filtro da responsabilidade civil: « [...] pour parvenir à ce but [garantie de la victime], la doctrine ne prit pas la voie directe, qui était la plus simple. Au lieu de rejeter la faute en tant que condition de la responsabilité, on se contenta de la vider petit à petit sa substance. On agit d'abord sur son poids et on se contenta de la levissima culpa, puis on agit sur son âme et, rejetant la faute morale, on se borna à retenir la 'faute juridique'. Enfin, on agit sur sa présence même, tout en gardant parmi les vivant un fantôme : la faute sans culpabilité ; quelques-uns seulement, plus hardis, s'en séparèrent tout à fait en lui substituant pour le risque ». (STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris : Rodstein, 1947, p. 375).

²¹ Na aprofundada análise do eminente Sérgio Cavalieri Filho, também no Brasil assim como em França, “não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraíndo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos”. O autor historia que, em solo pátrio, foi o Decreto nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 “o primeiro diploma legal a admitir a responsabilidade fundada na teoria do risco. O art. 26 desse decreto responsabilizava objetivamente as estradas de ferro por todos os danos que, na exploração de suas linhas, causavam aos proprietários marginais; no seu art. 17 disciplinava a responsabilidade do transportador, também objetivamente, com relação ao passageiro”. No âmbito dos acidentes de trabalho, relata o autor que a mitigação da culpa como requisito do dever de reparar se iniciou com o Decreto nº 3.724 de 15 de janeiro de 1919, que estabelecia presunções de culpa. Vários foram os diplomas normativos editados nessa seara até o advento do Decreto nº 61.784 de 28 de novembro de 1967, este último que instituiu o seguro social a cargo do empregador, por meio do qual se transferiu ao segurador – o INSS – o encargo de efetuar a

Esta passou a representar o cerne do instituto – e assim o é ainda hoje –, merecendo mais detida análise.

Segundo tal doutrina, corolária da “era dos acidentes”, aquele que desenvolve atividade de risco, tolerada porque socialmente útil, deve arcar com os danos que forem produzidos no seu exercício, tenha ou não agido com culpa. O que se busca com isso não é, por evidente, a imposição do dever de indenizar a quem foi o efetivo causador dos danos – do contrário não se dispensaria a culpa –, mas sim a imputação de responsabilidade a um pagador, por meio de critérios socioeconomicamente aceitáveis, com o desiderato de que a vítima reste indene²².

O desenvolvedor da atividade de risco, seja porque pode tirar lucro dela – e aqui vai também um critério de justiça²³ –, seja porque está em melhores condições de diluir socialmente o custo dos acidentes²⁴, vê-se, normalmente, em melhor

indenização do trabalhador, independentemente de qualquer investigação de culpa das partes envolvidas. (CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., 179-200).

²² Como leciona André Tunc, « le problème créé par les accidents est entièrement différent [de la responsabilité antique]. Il soumet au juriste des dommages qui, inévitablement, se réalisent à un certain taux statistique. Le problème n'est plus individuel, mais collectif. La question est de savoir comment répartir rationnellement la charge des dommages inhérents à une certaine activité légale et socialement utile. La solution n'est pas au bout d'un raisonnement logique ou moral. La question se pose essentiellement en termes d'économie politique et de justice sociale [...] la responsabilité devait être fondée sur la considération, non pas des fautes de l'auteur du dommage, mais de l'intérêt social qu'il y avait à indemniser les victimes [...] le problème est fondamentalement de décider de l'attribution de risques de manière à placer le moins possible de souffrances sur un individu et à préserver les ressources sociales et économiques de la communauté ». (TUNC, André, op. cit., p. 114-122). Na mesma linha ensina Rosenthal, ressaltando que, “ausente deste modelo jurídico qualquer censura ao comportamento do agente, sendo a tutela civil finalizada ao escopo prático de garantir uma distribuição do peso do dano sob a base de critérios social e economicamente justificáveis” e, assim, permitir a reparação do maior número de vítimas sem onerar especialmente ninguém. (ROSENTHAL, Nelson, op. cit., p. 101).

²³ Como destaca Patrice Jourdain, « plusieurs idées justifient l'attribution d'une responsabilité sans faute à une personne plutôt qu'à une autre. La première est celle qui voit dans la responsabilité la contrepartie du profit qu'une personne tire d'une activité qui peut se révéler dangereuse ». (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 32). De mesma opinião partilha André Tunc, sublinhando, exemplificativamente, que « en cas d'accident souffert par un travailleur, il était tragiquement injuste de laisser le dommage sur celui qui l'avait supporté en premier, que cela entraînerait des conséquences terribles pour le travailleur et pour sa famille, alors que l'entreprise aurait pu incorporer la compensation du dommage dans ses frais généraux et au besoin la reporter sur ses consommateurs à un coût infinitésimal pour chacun d'eux [...] » (TUNC, André, op. cit., p. 101).

²⁴ Mais uma vez é André Tunc quem, com precisão, anota que « certaines activités ne peuvent pas être conduites sans créer des inconvénients ou des risques pour autrui. Pourtant, elles sont tolérées par suite de leur utilité sociale. Ceux qui s'y livrent en tirent plaisir ou profit. Ils sont généralement dans une situation qui leur permet de supporter le risque en le répartissant sur le public ou sur de larges groupes ou en prenant une assurance [...] l'extension actuelle des responsabilités de plein droit s'explique certainement par le désir de diluer la charge de dommages en la plaçant sur une personne qui peut la supporter au premier degré [...] et que se trouve ainsi en situation de redistribuer la charge que l'on place sur elle ». (TUNC, André, op. cit., p. 114 e 147).

posição de assegurar a reparação da vítima, e por isso a ele se imputa o dever de reparar.

A dispensa da investigação de sua conduta também diminui os gastos com a administração da justiça e permite maior celeridade na indenização²⁵.

O agente econômico igualmente se vê em posição mais cômoda, porque internaliza previamente os dispêndios que terá com a reparação, o que faz por meio da contratação de seguro, da contribuição para um fundo de indenização, e/ou do repasse dos custos à coletividade de consumidores²⁶. A indenização da vítima se dá, assim, com mais certeza, diluindo-se sua garantia entre o maior número de pessoas possível.

O que se tem, com isso, é uma clara mudança no fundamento da responsabilidade civil. O direito à indenização passa a decorrer do reconhecimento dos interesses juridicamente protegidos da vítima, sem fazê-los depender da reprovabilidade da conduta do ofensor. A garantia do ofendido se torna princípio

²⁵ Inequivocamente, a consagração de um direito da vítima à indenização sem fazê-lo depender de um longo processo judicial por meio do qual se exija a comprovação da culpa do ofensor permite que ela seja reparada com maior velocidade. Assim anota Rosenthal, ao ponderar que “a vítima é mais facilmente ressarcida na teoria objetiva”, de sorte que tal modelo melhor atende ao princípio de sua garantia. Pela mesma razão, o autor frisa que “o acerto da culpa no sistema *case by case* conduz a custos excessivos”, ao passo em que a responsabilidade sem culpa “comporta regras mais simples de administração processual com redução de custos administrativos” e, consequentemente, menos ônus às partes. (ROSENTHAL, Nelson, op. cit., p. 207-208). Na mesma toada vai André Tunc ao sublinhar que a responsabilidade objetiva é um meio “d’éviter des discussions parfois longues et coûteuses”. (TUNC, André, op. cit., p. 139). Por fim, Daniel de Andrade de Levy é enfático ao afirmar que “o afastamento das discussões relativas à responsabilidade [por culpa] constitui o pressuposto de uma indenização célere e eficiente da vítima”. (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um Direito das Condutas Lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 234). Para uma análise aprofundada dessa questão sugere-se a leitura de um dos clássicos sobre o tema: CALABRESI, Guido. **The costs of accidents**: A legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 27-28).

²⁶ Com a imputação objetiva de danos o empreendedor arcará com todas as indenizações de prejuízos relacionados à sua atividade, diferentemente do que teria lugar em uma responsabilidade por culpa. Não obstante, o que se enfatiza, na Análise Econômica do Direito, é que a possibilidade de pagar o prêmio do seguro – privado ou coletivo –, internalizando previamente este dispêndio, e repassando com certa precisão esse gasto ao preço dos produtos, faz com que o modelo de responsabilidade objetiva seja preferível ao empreendedor em relação a um em que a soma dos custos de reparação variará conforme o grau de cuidado adotado e, quando constatada sua culpa grave ou dolo, os seguros não poderão entrar em cena. Em outras palavras, costumeiramente o empresário é mais afeito a experimentar uma internalidade, ainda que maior, do que uma externalidade. A previsibilidade dos gastos lhe põe em uma posição mais cômoda, e permite a prévia diluição dos custos. Assim observa Daniel de Andrade Levy, concluindo que, ao fim e ao cabo, “o seguro atua, portanto, nessas duas vertentes, permitindo uma indenização imediata da vítima e uma maior previsibilidade dos custos dos acidentes para o ofensor”. (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**...op. cit., p. 187). A esse respeito, sugere-se a leitura do capítulo 1.2, de título “A Análise Econômica do Direito”, da já citada obra de Rosenthal.

vetor do instituto²⁷. E, desse modo, a responsabilidade deixa de ser individual – adstrita à relação entre ofensor e ofendido – e conhece sua coletivização, passando a estar fundada no interesse social de indenização de todas as vítimas, sendo objeto das mais diversas políticas públicas²⁸.

Simbólico dessas mudanças foi o extraordinário desenvolvimento dos mecanismos de socialização dos custos de danos produzidos por essas atividades – há quem diga que o aperfeiçoamento desses aparatos passou, em certo momento, a ser o próprio objeto de estudo da disciplina²⁹.

²⁷ Na precisa passagem de Boris Starck, « il était impossible de faire dépendre plus longtemps la protection de notre sécurité des dispositions subjectives, de l'état d'âme ou de volonté, de ceux qui, par leur activité, l'avait détruite ou gravement compromise. Petit à petit, on prit conscience de l'existence de ces droits subjectifs si naturels que, comme l'air, ils étaient invisibles, savoir le droit à la vie, à l'intégrité corporelle et à l'intégrité matérielle de nos biens corporels. Et on en vint à organiser leur protection en eux-mêmes et pour eux-mêmes. [...] Puisque la condamnation prend désormais appui sur les droits de la victime, dont elle forme ainsi la garantie, l'atteinte non autorisée à ses droits eût dû être la condition nécessaire et suffisante ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 374-375).

²⁸ Trata-se não mais de indagar quem foi o causador do dano, mas de, uma vez constatada a injustiça do prejuízo experimentado pelo ofendido, questionar por quais meios a sociedade se encarregará de sua reparação. Eis aí a socialização da disciplina. O Direito de Danos, sob o princípio da garantia da vítima, é inteiramente banhado pela solidariedade social. Nas palavras de Patrice Jourdain, « ces institutions [responsabilité objective, la assurance e la sécurité sociale] sont l'expression directe de la solidarité sociale face au malheur qui frappe certains. À la limite, elles permettraient une prise en charge par la société de tous les dommages, et au moins de tous les dommages corporels accidentels [...] tout cela contribue à réaliser une véritable 'socialisation des risques' et consomme, ainsi que l'a magistralement démontré Geneviève Viney, le 'déclin de la responsabilité individuelle' dans sa fonction d'indemnisation. Un transfert de responsabilité s'opère de l'individu au groupe par le biais des organismes sociaux. La responsabilité individuelle se dilue dans le groupe » (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 16-17). Da mesma forma destaca André Tunc, afirmando que, a partir de então, « le problème de l'indemnisation n'est plus un problème de justice entre deux parties [...] l'assurance réalise une certaine collectivisation ou socialisation de la responsabilité : la personne déclarée responsable d'un dommage demande à l'assureur de prendre son l'indemnisation, mais l'assureur lui-même ne peut le faire que par prélèvement sur un fonds collectif nourri des primes d'assurance. La personne déclarée responsable n'est souvent plus qu'un chenal à travers lequel le flot de la distribution commence à couler [...] ils diluent la charge des dommages sur l'ensemble de la communauté pour des raisons de solidarité [...] la dilution des dommages est un devoir pour la société, et un devoir à l'accomplissement duquel la responsabilité civile peut être associée » (TUNC, André, op. cit., p. 76 e 146). Nessa singra também vai o escólio de Maria Celina Bodin de Moraes, autora segundo a qual a objetivização e securitização da responsabilidade civil redundam na “reparação dos danos pessoais injustamente sofridos” que passam não mais a ser “suportados solitariamente pela vítima, mas, na lógica da justiça social distributiva, transferidos, sempre que possível, à comunidade. Com efeito subordinando-se o conceito de responsabilidade à efetiva reparação dos danos (injustos) sofridos pela vítima, independentemente de identificação de um culpado, ressalta-se a relação de solidariedade entre a coletividade (na qual se inclui o autor do dano) e a vítima, evidenciando-se desta forma a opção, pelo ordenamento jurídico, da valorização da pessoa humana, a qual terá o seu prejuízo ressarcido”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva...op. cit., p. 27).

²⁹ A questão está, por evidente, intimamente ligada à socialização da responsabilidade civil. Uma vez que se reconhece a garantia da vítima como princípio da reparação de danos, e que não se tem mais foco na responsabilização do ofensor – aqui no viés moral – mas em que o ofendido seja reparado, o objetivo dos estudiosos do Direito de Danos passa a estar no aprimoramento das técnicas de diluição das indenizações. É o que destaca André Tunc, arrematando que, na “era dos acidentes”, « la responsabilité doit laisser la place à des techniques de dilution des dommages, en particulier

Seu exemplo mais popular, os seguros de responsabilidade civil, até então proibidos e tidos como imorais por exonerar o causador do dano do peso da punição, passaram a ganhar ampla aceitabilidade social³⁰. E isso justamente por se tratar de meio de diluição – ainda que indireta – dos custos dos acidentes³¹ e via mais célere e certa para a indenização.

Não à toa, já em 1876, a Corte de Apelação de Paris reviu sua assentada posição e admitiu a utilização do seguro de responsabilidade no Direito Civil francês mesmo diante de condutas culposas³².

A sua contratação, mais do que frequente, passou a ser mesmo obrigatória em vários setores, erigindo-se em condição para o desenvolvimento de uma série de atividades de risco³³. Tudo no desiderato de garantir às inevitáveis vítimas do desenvolvimento econômico a segurança de sua reparação³⁴.

Os seguros privados logo foram acompanhados de fundos coletivos de indenização e da seguridade social, desenvolvidos em campos estratégicos como o

l'assurance et la sécurité sociale » (TUNC, André, op. cit., p. 131). Não se pode deixar de anotar a mudança de filosofia que aí se observa. A passagem da responsabilidade individual à socialização dos custos da reparação é fruto do mesmo espírito que levou ao questionamento do Estado Liberal, dando lugar ao Estado Social de Direito. A filosofia austera do individualismo se vê substituída, ao menos parcialmente, por um esforço de assegurar um direito à vida num nível razoável na era dos acidentes. Essa discussão será retomada mais a frente.

³⁰ André Tunc historia que, « au début du XIXème siècle, l'assurance de responsabilité eût été inconcevable. Elle aurait paru aussi immorale que celle de la responsabilité pénale. Quel assureur, d'ailleurs, aurait consenti à couvrir un tel risque ? ce fut la multiplication des accidents liés aux activités industrielles qui amena une révision de la pensée [...] le besoin d'une assurance devenait ainsi de plus en plus pressant, et l'argument selon lequel il était immoral de couvrir sa responsabilité perdait sa force. En France, l'interdiction traditionnelle de l'assurance de responsabilité fut abandonnée par le Tribunal de Commerce de la Seine en 1841 et par la Cour d'appel de Paris en 1845 ». (TUNC, André, op. cit., p. 73-74).

³¹ Patrice Jourdain ensina que o seguro de responsabilidade é uma modalidade indireta de coletivização da responsabilidade civil. Isso porque a indenização versada pelo segurador é subordinada a uma declaração prévia de responsabilidade do assegurado – ainda que não se exija sua culpa –, diversamente do que ocorre com os fundos coletivos de indenização e a seguridade social, em face das quais basta a prova do dano. (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 16).

³² Para uma análise completa da jurisprudência francesa a este respeito, sugere-se a leitura de TUNC, André, op. cit., p. 73-76.

³³ Mencione-se, a título de exemplo, que no Brasil os seguintes seguros são obrigatórios: danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo; responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; incêndio e transporte de bens pertencentes a Pessoas jurídicas, situados no País ou nêle transportados; danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não; responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada. A imposição legal da contratação desses seguros está disposta no Decreto-Lei nº 73 de 1966.

³⁴ Como enfatiza André Tunc, « parce qu'elle remplace normalement un responsable qui aurait pu être incapable de verser l'indemnisation par une société solvable, l'assurance a été rendue obligatoire dans nombre de pays pour un nombre d'activités croissant » (TUNC, André, op. cit., p. 75).

dos acidentes de trabalho e de circulação, levando-se em conta a “potencialidade danosa inerente à atividade”³⁵.

Suas vantagens são nítidas: há a distribuição *ex ante* dos custos da reparação entre todos os que participam de determinada categoria (ex: empregadores e trabalhadores; proprietários de veículos automotores; ou mesmo, no caso da seguridade social, entre todos os cidadãos); e o foco está inteiramente no dano experimentado pelo segurado, esquecendo-se por completo da investigação da conduta dos envolvidos, já que se “prescinde de um fato específico imputável a um sujeito”, bastando a configuração do prejuízo. A indenização, aqui, faz-se ainda mais ágil e incondicionada³⁶.

Disso se retira, de modo muito claro, as balizas que, norteadas pelo princípio de garantia da vítima, passaram a fomentar os avanços da responsabilidade civil ao longo dos dois últimos séculos: “a reparação mais rápida, justa, integral e incondicionada” do ofendido³⁷. Foi esse o objetivo que moveu a disciplina desde a revolução industrial e é ainda o que permanece como guia, suscitando o esforço doutrinário, jurisprudencial e legislativo para o aperfeiçoamento das técnicas reparatórias.

O exemplo extremo do direito neozelandês, por bem representar este escopo de garantia da vítima, merece, por fim, ser abordado³⁸.

Em 1966 o governo local criou a “*Royal Commission of Inquiry*”, cuja tarefa era a de estudar e oferecer soluções para a indenização dos acidentes de trabalho. Logo seu objeto se expandiu, ao perceber-se que não havia sentido em omitir o mesmo questionamento – acerca da necessidade de ampla e célere garantia – face a todo e qualquer dano corporal, ligado ou não à atividade laboral.

³⁵ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 129.

³⁶ Na precisa análise de Rosenthal, o sistema de seguridade social e de fundos coletivos de indenização, “resolve os problemas relativos à imputação e à reparação de danos em via preventiva, observando-se apenas as consequências produzidas pelo dano, mas não o fato danoso em si. inequívoca vantagem se obtém com a repartição do peso dos danos entre todos os sujeitos que participam de uma determinada categoria (v.g, os donos de automóveis), eliminando-se a demora derivada da pretensão reparatória, o que não ocorre nos seguros privados, que demandam um litígio. Um esquema de reparação automática, que prescinde de um fato específico imputável a um sujeito, só pode se dar no âmbito de uma garantia coletiva que divida os ônus entre todos que estão envolvidos no processo de exposição ao risco”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 129).

³⁷ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 129.

³⁸ As informações que se seguirão acerca do Direito de Danos neozelandês foram extraídas de TUNC, André, op. cit., p. 79-83.

O profundo relatório elaborado pela Comissão, publicado em 1967, sob o título “*Compensation for Personal Injury in New Zealand*”, afirmava dois princípios fundamentais: “um sistema satisfatório de seguro contra acidentes não pode ser estabelecido senão sob um fundamento de responsabilidade comunitária” e “a lógica e a justiça demandam que todo cidadão vítima de um dano corporal seja coberto e que os danos iguais rendam um mesmo tratamento legal”. A estes vetores se juntavam três princípios ditos complementares: “a indenização efetiva”; “um esforço total de reeducação pessoal e profissional”; e “uma administração eficaz”.

As considerações da Comissão deram lugar, em 1º de outubro de 1973, a um sistema de seguro nacional, “único capaz de aportar uma resposta global” ao problema dos acidentes, segundo o parlamento neozelandês.

Sua solução é ampla quando se tem em vista “as pessoas e os sinistros cobertos”. A saber, foram criados três fundos de indenização.

O primeiro é dirigido aos trabalhadores, abarcando todas as lesões que venham a experimentar, estejam ou não relacionadas ao exercício da profissão – a definição legal de acidente engloba também as doenças profissionais. Este é financiado por uma taxa paga pelo empregador – relativamente aos assalariados –, que varia conforme o risco da atividade e o percentual de infortúnios.

O segundo cobre as vítimas de danos “causados pela utilização de um veículo na Nova Zelândia, ou em consequência ou ligação com essa utilização”. Este é alimentado por taxas anuais, periodicamente revistas, e que ao momento da implementação do sistema eram de: 85 francos para os condutores de automóvel particular; 90 a 150 francos para os motociclistas; e 300 francos para os taxistas.

O terceiro fundo, financiado pelo tesouro público, garante reparação a “todas as vítimas de acidentes sofridos na Nova Zelândia e não cobertos pelos dois primeiros [fundos]”.

As indenizações versadas por estes fundos comportam as despesas médicas e farmacêuticas, além de gastos relacionados ao evento, tais como custos de transporte, reposição de vestimentas, objetos danificados, etc. Também incluem o ressarcimento de 80% da remuneração que a vítima deixou de auferir em virtude do sinistro. Por fim, abarcam ainda a perda de um membro ou função corporal, tomando-se em consideração, para tanto, também o dano moral experimentado pelo ofendido.

As vítimas são, assim, reparadas de forma abrangente, “sem investigação das responsabilidades, do tempo, do lugar ou causa do acidente”.

O pedido é formulado administrativamente perante a “*Accident Compensation Commision*”, e pode ser objeto de recurso. A impugnação deve ser respondida pelo órgão especializado “da maneira mais simples possível, tendo por finalidade que a resposta seja compreendida pelo cidadão comum”. A via judicial para impugnar a decisão administrativa é admitida em raras exceções, e a ação de responsabilidade civil é “recusada a todo beneficiário da lei”.

Os resultados desta política pública foram bastante positivos. Uma pesquisa realizada pela Comissão em 1980 – 7 anos após a implementação do sistema –, concluiu que a satisfação da população era geral, com o cidadão a constatar que “uma indenização suficiente lhe é assegurada por meio de procedimentos rápidos e pouco custosos”. O desiderato de garantia da vítima se fazia, assim, cumprido.

No entanto, festejar a experiência neozelandesa não significa advogar, acriticamente, pela sua importação. Muito dificilmente o sucesso desse sistema em um país cuja população em 1970 era de pouco mais de 2 milhões de habitantes poderia se ver reprisado em um de dimensões continentais como o Brasil. Seu empréstimo não poderia ser feito senão após detida consideração das peculiaridades geográficas, culturais, econômicas e sociológicas que nos tocam.

Apesar dessa ressalva, o sistema neozelandês representa, sem sombra de dúvidas, um relevante modelo. Quando se fala no princípio da garantia da vítima, eis um exemplo a ser considerado no escopo de prestação do direito a uma “indenização rápida, justa, integral e incondicionada”³⁹.

Tal vetor normativo não pode ser, no entanto, a única baliza do instituto. É sobre o que se passa a discorrer.

1.1 LACUNAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: O ILÍCITO LUCRATIVO

São inegáveis, para o escopo indenizatório da responsabilidade civil, os avanços produzidos pela sua objetivação e pelas técnicas de socialização dos custos da reparação. Isso está a salvo de questionamentos.

³⁹ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 129.

Não obstante, este caminho, unidimensional – tendo em vista apenas a vítima e seu prejuízo –, resultou na desconsideração do outro lado da equação, fazendo deste ramo jurídico algo neutro em relação às condutas antissociais⁴⁰.

O dito responsável é, como visto, na maior parte das vezes, apenas aquele que se reputou estar em melhores condições de arcar com a indenização e diluir socialmente seus custos.

Daí resulta que, quando este se confunde com o efetivo causador do dano, seu comportamento, mesmo se censurável – fruto de dolo ou culpa grave –, não será alvo de qualquer reprimenda⁴¹. Ele é apenas um canal por meio do qual o segurador – privado ou coletivo – é acionado e a vítima é reparada.

Os custos dos danos são internalizados previamente por esse desenvolvedor da atividade, figurando no seu orçamento ao lado das outras rubricas contábeis – na forma do prêmio do seguro, ou da taxa vertida ao fundo coletivo. A indenização não sairá, efetivamente, de seu patrimônio, mas da conta do segurador, deixando de ser sentida, assim, como uma externalidade⁴².

É dizer, a maior ou menor causação de danos e a intencionalidade ou não na sua produção são circunstâncias que passarão absolutamente ignoradas pelo ordenamento e, conseqüentemente, pelo bolso do ofensor⁴³. O Direito Civil, ao

⁴⁰ Assim Patrice Jourdain inicia suas precisas considerações sobre o lugar da culpa na responsabilidade civil do século XXI. O autor aponta, após celebrar a efetividade indenizatória da objetivação da responsabilidade e da socialização dos custos da reparação, que o lócus da culpa é não mais de filtro do dever de reparar, e sim de termômetro para o disparo da função preventiva, devendo ser deslocada para preencher a lacuna deixada pelo abandono do juízo de valor acerca da conduta do ofensor: “On n’insistera pas davantage sur l’inadaptation de la responsabilité pour faute à la fonction de réparation des dommages tellement la supériorité des responsabilités objectives est à cet égard indiscutables, Mais [...] la faute civile a en effet perdu une grande partie de sa valeur sociale en tant qu’instrument de mesure des comportements anti-sociaux. Du même coup, la fonction de prévention et le rôle normative de la faute se sont trouvés affectés [...] il est d’ailleurs des secteurs où la responsabilité pour faute a une compétence quase exclusive [...] au moins en cas de faute d’une certaine gravité. La valeur sociale et morale de la faute fait d’ailleurs de celle-ci un précieux instrument de prévention et de répression des comportements anti-sociaux”. (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 18-19).

⁴¹ Pior ainda quando o “responsável” pela indenização não se confunde com o real autor do dano, caso em que o efetivo causador do prejuízo sequer será acionado.

⁴² Como destaca Teresa Ancona Lopez, “com o seguro há a objetivação total da responsabilidade civil. Em outras palavras, já estão previstas ‘nos custos’ das empresas as possíveis indenizações, o que não assusta os grandes empreendedores [...]”. (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 48).

⁴³ Porque o infrator, repita-se, ou não será acionado, por não ser aquele a quem o ordenamento, por razões socioeconômicas, atribuiu o encargo de indenizar, ou, caso se confunda com este, já haverá internalizado previamente os custos da reparação quando do pagamento do prêmio do seguro ou da taxa vertida a fundo coletivo.

dessa forma desconsiderar a conduta do infrator, deixa de oferecer qualquer razão para a abstenção da prática de atos ilícitos por parte dos agentes de mercado⁴⁴.

Esse panorama, cuja compreensão é fundamental para o escopo do presente trabalho, pode ser mais bem assimilado com a ajuda do instrumental exógeno da Análise Econômica do Direito.

O estudioso da responsabilidade civil, afinal, não pode mais se permitir o segregacionismo, sob pena de fazer a forma prevalecer sobre a função. No direcionamento da disciplina ao eficiente cumprimento de seus objetivos constitucionais, deve-se ter como imprescindível o exame do impacto que suas

⁴⁴ Rosenvald, com muita propriedade, sublinha que “o crescente fenômeno do apelo ao contrato de seguro culmina por criar um inconveniente: o depauperamento da função preventiva da responsabilidade civil [produzida, outrora, de maneira accidental, em razão do filtro da culpa]. Se qualquer um pode ser assegurado por danos que eventualmente venha a causar; se o peso do ressarcimento não recairá sobre o seu patrimônio, a responsabilidade não produz nenhuma eficácia de desestímulo. Para o segurado, causar ou não causar o dano é quase indiferente (apenas se arrisca a pagar um prêmio mais alto pelo seguro)”. O autor esmiúça esse raciocínio em outra passagem, lecionando que, no Direito de Danos pós-revolução industrial, “acentuam-se as exigências econômicas em detrimento das morais [...] essa técnica de distribuição e socialização de danos a um número cada vez maior de sujeitos é extremamente eficaz sob o ponto de vista econômico-social. O aspecto visível é a redução dos riscos quanto à possibilidade de vítimas sobejarem indenenes. Afinal, não obstante o causador do dano possua fragilidade econômica, ou sequer possa ser identificado – basta pensar no atropelador que se evade do local dos fatos –, o ofendido e/ou seus familiares perceberão uma compensação por danos patrimoniais e/ou morais, de uma terceira pessoa ou de um grupo de pessoas, com a vantagem de se eliminar o filtro da discussão da culpa. Todavia, se na teoria objetiva a responsabilidade civil assume uma função basicamente reparatória, [...] intensificada com o crescente recurso ao sistema de socialização dos danos pela via da securitização, [...] perde ela a sua inerente capacidade de desestimular condutas ilícitas e de dissuadir potenciais agentes à adoção de medidas de reduções de riscos, pois o dado da culpa do ofensor é irrelevante para fins de fixação da responsabilidade e atribuição do quantum ressarcitório [...] de modo geral, neste raciocínio pouco importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, sua fortuna, os ganhos ilícitos obtidos pelo exercício de sua atividade reprovável ou qualquer circunstância que lhe diga respeito [...] A absorção da função reparatória por mecanismos de garantia contratual resulta em uma espécie de ‘terceirização da responsabilidade’ por grandes corporações, o que acentua – junto ao movimento de objetivação da responsabilidade civil – a tendência de desculpabilização do ofensor quando da reparação de danos”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 109-110) Na mesma esteira ensina André tunc, destacando que, hoje, quando alguém é condenado na esfera cível, « peut-être par les fautes les plus graves, sa responsabilité est purement nominale, dès lors qu’il est assuré [...] a l’heure actuelle, il [le responsable] demande purement et simplement à l’assureur de prendre soin de l’affaire et de payer toute indemnisation qui est justifiée. Si aucune mesure corrective n’est prise, il ne reste rien de la responsabilité [...] quel que soit le montant des dommages-intérêts qu’ils [les assureurs] accordent à la victime, il [le responsable] n’aura rien à payer. En fait, il est donc devenu irresponsable. Il ne répond plus des conséquences de son comportement, sauf dans la mesure, à peu près négligeable, où il peut encourir une augmentation de ses primes d’assurance [...] la personne déclarée responsable n’est souvent plus qu’un chenal à travers lequel le flot d’a distribution commence à couler [...] et cela, même s’il s’est conduit d’une manière criminelle ». É o que leva o autor a concluir que, conquanto o objetivo de reparação de danos se faça concretizado, « l’assurance de responsabilité est en conflit évident avec une politique de prévention », exigindo, assim, sua complementação através de medidas corretivas face a comportamentos antissociais. (TUNC, André, op. cit., passim).

normas acarretam na conduta de seus destinatários. Para isso, os ensinamentos da economia são indispensáveis⁴⁵.

Os autores da *Análise Econômica do Direito*⁴⁶, que se debruçam especificamente sobre este tema, partem da consideração elementar de que os agentes de mercado são orientados pela maximização do lucro – e aqui não vai uma crítica, é de sua natureza. Alicerçados nisso, investigam o oferecimento, pelo ordenamento jurídico, de razões financeiras para que as empresas ajam em

⁴⁵ Como destaca Diogo Naves Mendonça, em sua excelente obra acerca das intersecções entre a análise econômica e a responsabilidade civil, o olhar prospectivo dos economistas tem muito a acrescentar à postura *ex post* predominante dentre os estudiosos deste ramo do direito. Ressalta o autor que a teoria econômica “concede critérios científicos para a previsão dos efeitos que as respostas legais geram sobre o comportamento humano”, o que deve ser levado em conta pelo jurista, pois “integrar as consequências à lógica da formulação das decisões permite não apenas saídas eficientes, mas também soluções mais justas”. (MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14 e 30). O que se busca ao realizar esse intercâmbio é uma abordagem funcional do instituto, fazendo-o incorporar, para o atendimento de seus objetivos constitucionais, uma eficiente estrutura finalística que promova o estímulo e o desestímulo de comportamentos, de modo a não dar lugar “a um formalismo cego à importância instrumental do direito” (MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 42). Ademais, como bem ressalta Rosenvald, em uma sociedade complexa como a Pós-Moderna, a teoria jurídica que se furte à imersão nos diferentes ramos do conhecimento corre o sério risco de não apreender completamente seu objeto e padecer de um lapso de efetividade. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 18). Isso tanto mais quando tratamos da regulação dos agentes de mercado, que são guiados pela racionalidade econômica. Não se pode partir dos textos legais para a realidade vivida sem a prévia preocupação no sentido de que, além de teoricamente justa, a norma concretize na prática a justiça a que se propõe.

⁴⁶ Serão mencionados adiante.

conformidade com o padrão de conduta estabelecido⁴⁷. Trata-se, ensinam, de uma condição para que a norma se faça respeitada pelas sociedades empresárias⁴⁸.

Este conhecimento, aplicado ao objeto de estudo deste trabalho, ajuda a compreender que a responsabilidade civil, quando reduzida a mera técnica de alocação dos custos da reparação – sem que seja complementada pelo viés preventivo, como aqui se propõe –, representa enorme incentivo ao ilícito lucrativo, fazendo com que a lógica de mercado se sobreponha aos valores constitucionais.

Diante de uma responsabilidade civil indiferente à conduta dos agentes econômicos, fazendo-os apenas reparar os danos, na mesma monta, quer adotem um grau de cuidado ótimo, quer não empreguem cautela alguma, natural é que estes empreendedores optem pelo nível de diligência mínimo⁴⁹. Afinal, a única coisa

⁴⁷ Em verdade, dá-se, aqui, um salto. A utilização da ciência econômica para promover a submissão dos agentes de mercado à axiologia constitucional, estimulando e desestimulando, de forma eficiente, comportamentos (in)adequados às normas jurídicas, é o uso que dela se intenta fazer neste trabalho. Não é o objetivo dos teóricos da AED que, em regra, destinam seus esforços a examinar como o ordenamento jurídico deve ser direcionado para que se tenha a produção de máxima eficiência na alocação de recursos. Nosso desiderato difere, pois, a eficiência não é e não pode ser fim em si mesma para o jurista, mas instrumento à realização dos valores constitucionais. Se a economia se ocupa do eficiente, a ciência jurídica se ocupa do justo, podendo – e devendo, no caso da regulação de comportamentos antissociais dos agentes de mercado – encontrar, para tanto, auxílio nos conceitos econômicos. Como bem destaca Pianovski, trata-se, aqui, de mais um caso em que as análises empíricas dos teóricos da *law and economics* nos indicam um locus em que o direito é chamado a intervir na racionalidade econômica para subvertê-la, orientado os agentes de mercado para o comportamento conforme o direito. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. In: Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002., p. 139). Para uma análise mais aprofundada do direito enquanto condutor de comportamentos sob essa ótica funcional, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: TIMM, Luciano Benetti; CARDOSO SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Contribuições da Análise Econômica do Direito para a proteção ambiental: o caso das normas promocionais. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (Coords.). **Temas de Direito ambiental econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, ebook.

⁴⁸ Como afirma Diogo Naves Mendonça, quando estamos diante de agentes de mercado é imprescindível, para a tutela jurisdicional efetiva, atuar na sua lógica econômica, sendo que “nessa linha de raciocínio, as sanções assemelham-se aos preços e, em geral, as pessoas reagem àquelas da mesma maneira que reagem a estes. Assim, por exemplo, diante de um preço alto, as pessoas reagem consumindo menos, da mesma forma que, tendo em vista sanções duras [economicamente], elas praticam menos a conduta sancionada”. (MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 13). Na mesma esteira leciona Rosenvald, concluindo que “nesta perspectiva, a função fundamental do direito é modificar os incentivos de forma a fazer com que o custo da sanção seja maior que o custo para evitá-la”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 203). Ou, como sintetiza Robert Cooter, “a economia, que sempre se ocupou do estudo de como as pessoas reagem aos incentivos, fornece ao operador do direito uma teoria comportamental capaz de permitir uma previsão razoavelmente segura de como elas poderão reagir às leis”. (COOTER, Robert. The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (coord.). **The origins of law and economics** : essays by the founding fathers. Cheltenham: Edward Elgar, 2005, p. 222).

⁴⁹ Como explica John Brown – em um dos clássicos da *law and economics* –, diante de uma atividade que represente risco à interesses sensíveis e que demande, assim, medidas elevadas de cautela, o sistema de responsabilidade objetiva, indiferente ao ofensor, não é desejado. Afirma o autor que nele

não há incentivos para a adoção de cuidados, e os danos esperados no desempenho da atividade são maximizados – ainda que as vítimas sejam eficientemente reparadas. É dizer, como o ofensor, que já pagou o prêmio do seguro ou a taxa obrigatória, sabe que não variarão os gastos que terá de despender para indenizar os danos, acaba por deixá-los ocorrer e gerar um custo social elevado – em número de vidas, de sequelas, e mesmo de prejuízos patrimoniais. Para o autor, excelente, do ponto de vista da prevenção, é um sistema flexível que, utilizando-se do pressuposto da culpa, exonere o empreendedor de arcar com a reparação de danos quando este tiver adotado um grau ótimo de cuidado para a evitação de acidentes, reduzindo os custos sociais de sua atividade. Do contrário, se quando dano ocorrer for verificado que o empresário está adotando níveis de cautela aquém do standard levado em conta, deve a ele ser imposto o dever de reparar. Não devemos, no entanto, adotar o modelo de John Brown acriticamente, pois, lembre-se, a responsabilidade objetiva permite que o ofendido seja facilmente reparado, de sorte que caminha na contramão do princípio de garantia da vítima qualquer proposição que intente fazer a culpa retornar à filtro da indenização. A questão nodal que se põe à frente da responsabilidade civil hoje é justo a de como prevenir danos sem prejudicar o escopo reparatório. O que, na seguinte parte do presente trabalho, será sugerido, é que a reparação da vítima continue a independer da análise da conduta do ofensor, mas, em um segundo momento, se constatado dolo ou culpa grave do agente de mercado, uma pena racionalizada pelo princípio da prevenção deve incidir sobre seu orçamento, buscando dissuadi-lo, por meio de um prejuízo econômico mais agudo, da reiteração de seu comportamento malicioso ou negligente. O estudo de John Brown, que é secundado por muitos outros autores da *law and economics*, é aqui trazido não para que sua solução seja adotada, mas porque o autor constata aquilo para o que a intuição aponta: quando não há investigação da conduta do causador do dano, quando não se fiscaliza a sua adequação aos standards de cuidado exigidos para a sua atividade, a racionalidade econômica individual faz os danos se multiplicarem. E isso é inaceitável diante de interesses sensíveis – como o meio-ambiente, a saúde pública, a vida humana e os atributos da personalidade –, para os quais a reparação é, não raro, despida de sentido. (BROWN, John Prather. Toward an Economic Theory of Liability. *The Journal of legal studies*, vol. 2, No.2, pp. 323-349, Jun., 1973. Íntegra do estudo disponível em <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/prather-brown.pdf>, acesso em 18/10/2019). Boris Starck assevera, com veemência, que “dire aux hommes qu’ils répareront les dommages causés à leurs semblables exactement de la même manière, quer leur conduite soit irréprochable, légèrement fautive ou gravement coupable, c’est édicter une règle profondément immorale et sûrement nuisible [...] un système de responsabilité qui proclame que la constatation ou l’appréciation de la faute de l’auteur du dommage est inutile ou indifférent, c’est un système qui compromet irrémédiablement la fonction préventive du Droit ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 356). Na mesma linha enfatiza Pietro Perlingieri, destacando que “o perigo não é apenas que cesse o típico efeito de dissuasão que a responsabilidade civil sempre teve, mas, sobretudo, que o processo de ‘monetização’ dos danos comporte um incitamento a atuar ou prosseguir com atividades danosas. O dano representa um custo para a empresa e não quer dizer que ele permaneça lá onde a lei o coloca: ‘o custo do risco pode se difundir no sistema econômico através de transferências para a frente ou para trás’. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 155). Nelson Rosenvald também aborda a questão de maneira percuciente, merecendo transcrição: “o fato do condutor da atividade – ciente de seu risco anormal – propor-se a realizar investimentos em segurança perante os seus funcionários ou terceiros em nada repercutirá positivamente em caso de produção de uma lesão resultante do exercício desta atividade. Daí nasce a questão lógica: se inexistente qualquer estímulo para provocar um comportamento direcionado ao cuidado e à diligência extraordinários, qual será a ênfase de um agente econômico em despender recursos que poderiam ser direcionados a várias outras finalidades, quando ciente de que isto nada valerá na eventualidade de um julgamento desfavorável em uma lide de responsabilidade civil? esta indagação se torna ainda mais veemente quando o empreendedor percebe que os seus concorrentes apenas praticam esforços ordinários em termos de cautela, canalizando os recursos excedentes para outras vantagens perante os consumidores”. Dessa forma, conclui o autor, o desenvolvedor da atividade de risco tenderá ao grau de diligência mínima. Assim, Rosenvald propõe que, quando verificada a ausência de cuidado no desempenho da atividade, seja o ofensor punido, experimentando, dessa forma, incentivo econômico para que passe a adotar uma conduta cautelosa. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., passim). Pierre Pratte, diante desse cenário, afirma que “l’imposition d’une peine peut réconforter ceux qui ont choisi de suivre les normes édictées et, ainsi, éviter un phénomène de désaffection envers elles. [...] il pourrait être frustrant de voir son voisin profiter du fait que les autres se soumettent à la norme alors que ce même voisin s’empresse d’y contrevenir [...] le

que oscilará com o número e a gravidade dos sinistros será o prêmio do seguro, que responde ainda a tantas outras variáveis⁵⁰.

Fácil perceber que, dessa forma, o ordenamento não oferece àqueles que desenvolvem atividades de risco qualquer incentivo econômico à eficiente prevenção de acidentes.

Com os olhos fechados para este lado da matemática do dano, o direito acaba por consentir com o desprezo dos empreendedores às potenciais consequências nefastas da atividade que desenvolvem. Os agentes de mercado, em

but poursuivi n'est pas simplement de dissuader les délinquants éventuels, bien que cela soit aussi le cas, mas d'encourager les bons citoyens en leur démontrant que leurs sacrifices ne sont pas et n'auront pas été vains ». (PRATTE, Pierre. Le rôle des dommages punitifs en droit québécois. **Revue de Barreau**, Montreal, v. 59, p. 522, aut. 1999).

⁵⁰ Com apoio em doutrinadores da Análise Econômica do Direito, Rosenvald afirma que o argumento segundo o qual a gravidade e a quantidade dos danos causados pelo segurado seriam por ele sentidas através do aumento do prêmio do seguro “não resiste a uma abordagem econômica realista”. O autor ressalta a falácia desta tese “quando se percebe que danos existenciais e patrimoniais são praticados – em maior ou menor grau – por todos os participantes de um setor”, não raro “concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos”. Ou seja, ainda que o prêmio do seguro suba – o que não é certo, pois dependerá dos próprios anseios da seguradora de se fazer competitiva –, assim poderá acontecer para a completude dos agentes de mercado. Não há uma segurança no sentido de que, efetivamente, os próprios mecanismos da livre concorrência realizarão a almejada correção da conduta dos empreendedores. Com muita razão, Guido Alpa destaca, enfaticamente, que não podemos confiar a tutela de interesses jusfundamentais à uma utópica e já desmistificada esperança de que o mercado se autorregule sem falhas. A liberdade econômica já não é o único nem prioritário valor de nossa sociedade, de sorte que, mormente diante do grande poder difuso das empresas hoje, a intervenção jurídica para o direcionamento dos agentes de mercado à concretização de uma economia justa, solidária, sustentável, se faz absolutamente necessária. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 138 e ss). A mesma opinião é partilhada pela eminente autora francesa Suzanne Carval. Ela ressalta que “a modulação do valor dos prêmios pelas companhias seguradoras não poderá jamais ter o efeito preventivo de comportamentos danosos. Mesmo em uma tarifação retrospectiva dos prêmios, isto é, com base no comportamento passado de seu cliente, não há critérios suficientemente precisos para que a companhia seguradora considere uma suposta função preventiva da apólice. Ao contrário, são considerados, muito mais, fatores econômicos e, sobretudo, lucrativos, que em nada coincidem com os objetivos sociais da responsabilidade civil”. (CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris : LGDJ, 1995, 301-302). Na doutrina francesa também defendem este entendimento Nicolás Molfessis, Geneviève Viney e André Tunc, todos eles com suas obras citadas ao final deste trabalho. Daniel Levy resume a questão afirmando que o potencial aumento do valor dos prêmios, por responder a critérios muito mais comerciais que jurídicos, não pode servir de argumento para rechaçar uma função preventiva da responsabilidade civil que tenha por desiderato impedir a internalização pelo ofensor dos custos das consequências de seus atos ilícitos. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 239). Não é por outra razão que, nos EUA, país muito mais aberto ao pragmatismo da Análise Econômica do Direito, diversos Estado da federação proíbem a securitização dos *punitive damages*. (são 16 que o fazem por meio de lei). E isso não por razões morais, mas sob o argumento de que se a sanção punitiva não pesasse sobre o efetivo causador do dano, se lhe fosse dado deslocar esse ônus à companhia de seguros, o escopo de dissuasão se veria severamente prejudicado. A este respeito sugere-se a leitura da discussão travada na Suprema Corte da Flórida, no caso *Northwestern National Casualty Co x McNulty* em 1962. Tabela de 2011, acerca da securitização dos *punitive damages* nos 52 Estados norte-americanos, pode ser visualizada em <https://www.travelers.com/business-insurance/specialized-industries/excess-casualty/docs/puniteddamages.pdf>. Acesso em 15/09/2019.

um raciocínio *ex ante*, próprio de sua lógica econômica, deixam ocorrer os danos ligados à sua operação toda vez que, em um cálculo de custo/benefício, reparar for mais barato do que prevenir⁵¹. À dignidade humana é dado um preço, contando-se com a leniência do Direito Civil.

Não à toa, diversos teóricos da Análise Econômica do Direito anotam uma tendência de aumento do número de acidentes nas searas em que se opta pela responsabilidade objetiva – quando essa opção não é secundada por uma punição que, impedindo a realização do cálculo de custo benefício entre a reparação e o lucro ilícito, possa dissuadir estes comportamentos grosseiramente negligentes⁵².

Mais do que isso, tal sistema de normas de responsabilidade, indiferente ao ofensor, além de consentir com a omissão ilegal, incentiva a prática de atos antijurídicos comissivos. Isso porque a empresa tem a cômoda posição de saber que, caso seu “comportamento estratégico inescrupuloso”⁵³ seja descoberto, terá apenas de reparar o prejuízo causado, valor muitas vezes menor que o lucro obtido – ou passível de sê-lo – mediante a conduta ilícita⁵⁴.

⁵¹ Como destaca Daniel de Andrade Levy, o “agente cessará de adotar essas medidas de prevenção e precaução quando passar a ser mais vantajoso indenizar a vítima do que evitar o dano”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 184). Ou, nas palavras de Diogo Naves Mendonça, “uma determinada empresa investirá em segurança de seus produtos ou serviços até o ponto em que tais investimentos se paguem”. (MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 21).

⁵² E aí o sistema criado com olhos para a vítima se volta contra ela. Essa circunstância, que já foi explicitada mediante a referência à pesquisa de John Brown, minudenciada na nota de rodapé 49, também é destacada pelos economistas Mitchel Polinsky e Steven Shavell, em “*Punitive damages: an economic analysis*”, obra na qual os *experts* destacam que para alcançar um patamar eficiente de dissuasão, a correta quantificação do dano deverá, em determinadas situações, retornar não apenas o lesado ao estado anterior, mas também o lesante. O raciocínio *ex ante* poderá exigir, dessa forma, que indenizações extraordinárias sejam aplicadas, excedendo o montante unicamente compensatório, de modo a fazer com que os agentes de mercado internalizem integralmente os prejuízos causados” e que seriam redirecionados às seguradoras. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive damages: an economic analysis*. **Harvard law review**, v.111, 1998, p. 873-874).

⁵³ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 48.

⁵⁴ Essa sorte de condutas é chamada pela doutrina francesa de « *faute lucrative* », assim definida por Boris Starck: « Il existe, en effet, des hypothèses dans lesquelles un dédommagement intégral de la victime ne suffirait pas cependant à satisfaire la fonction préventive de la responsabilité, ne réussirait pas à décourager d'éventuelles activités fautives. Ce sont celles où l'acte nocif se traduit pour son auteur par un bénéfice supérieur ou du moins égal au montant du dommage causé. Se borner en ce cas à effacer, quant à la victime, les conséquences de l'action préjudiciable suffit, certes, à satisfaire la fonction de garantie, mais la mission préventive du droit ne serait pas remplie [...] si l'indemnité est calquée sur le préjudice, le débiteur défaillant conservera encore un avantage. Accepter cette solution, c'est donner une prime à la déloyauté [...] si la loi permet ce calcul, elle faillit à sa mission ». (STARCK, Boris, op. cit., passim). Na definição da doutrina brasileira, pelas mãos de Nelson Rosendal, são cunhadas de ilícitos lucrativos as condutas antissociais que geram – ou são passíveis de gerar – ao ofensor lucros superiores aos eventuais prejuízos a serem ressarcidos sob a base de uma responsabilidade civil meramente reparatória. Explica o autor que “esta técnica tradicional é um estímulo à prática de lesões, pois o causador dos danos conta com uma garantia do ordenamento: já

O que se tem, em ambas situações, é a percepção de que em numerosas hipóteses a atribuição somente do dever de reparar, que hoje não tem o mesmo peso, uma vez que sua diluição é incentivada pelo ordenamento, erige-se em convite ao comportamento antissocial. Isso porque permite que o ofensor conserve o lucro – ou a economia – obtido ilegalmente, mesmo após arcar com as indenizações – ou melhor, com o prêmio do seguro.

E obtendo vantagem econômica, que é o fim para o qual um agente de mercado está voltado, este transgressor tem um óbvio incentivo a perpetuar o sistemático desrespeito ao ordenamento jurídico.

Para não se restar apenas no plano das abstrações, cumpre ilustrar esses ilícitos lucrativos com exemplos, baseados em casos reais, dissecando seu raciocínio matemático e suas consequências perversas.

Nessa tarefa, pense-se, primeiro⁵⁵, em uma grande companhia fabricante de veículos que acaba de projetar um novo automóvel. Com a linha de produção já pronta e prestes a ser iniciada, seus engenheiros percebem uma falha de concepção no tanque de combustível. Constatam que o defeito pode levar a sua ruptura, bastando, para tanto, que o carro sofra impactos moderados na retaguarda.

sabe previamente que em caso de condenação não sofrerá sacrifício maior do que aquele causado ao lesado”. Tem-se, assim, “a possibilidade de prévia escolha pelo lesante da alternativa lesiva, por considerar que o lucro resultante da ilicitude é superior à indenização que terá que pagar”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 134-135). Daniel de Andrade Levy, na mesma linha de Rosenvald, arremata que “hoje, a concepção tradicional da responsabilidade civil tem se tornado verdadeira carta de alforria para que o ofensor, ciente, *a priori*, dos eventuais danos que possa causar, internalize tais custos como variável da equação que, ao fim, resultará no lucro auferido”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 108). Ainda, como destaca Paula Meira Lourenço, “resulta da Análise Econômica do Direito (*law and economics*) que as opções da conduta humana e das pessoas coletivas são informadas por postulados de ordem econômica. Se o agente compara o quantum indenizatório com o lucro que previsivelmente lhe advirá da violação da norma, e conclui que a indenização será inferior (a qual só terá de pagar mais tarde, se o lesado intentar uma ação judicial), escolherá a violação da norma jurídica”. (LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação**. Palestra proferida no Colóquio de título “Responsabilidade civil: novas perspectivas”, organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, ocorrida nos dias 13 e 14 de Março de 2008. Disponível em <[https://www.academia.edu/37199605/MEIRA LOURENCO P. A indeniza%C3%A7%C3%A3o punitiva e os crit%C3%A9rios para a sua determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008](https://www.academia.edu/37199605/MEIRA_LOURENCO_P._A_indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008)>. Acesso em 20/09/2019).

⁵⁵ Este exemplo baseia-se no caso Ford x Grimshaw, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1981. Uma análise completa desta decisão pode ser encontrada no texto a seguir referenciado: “**The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument**”, cuja íntegra está disponível em <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html#1>> acesso em 27/06/2019.

Os especialistas noticiam o problema à gerência da empresa, que encomenda estudo para verificar quanto seria necessário despendar para corrigir este defeito.

O memorando interno que veicula essa apuração traz um cálculo que leva em consideração, de um lado, \$200.000,00 (duzentos mil dólares) multiplicados por prováveis 180 mortes por ano, mais \$67.000,00 (sessenta e sete mil dólares) multiplicados por prováveis 180 acidentes não fatais – incluindo danos morais e materiais da vítima. De outro lado, \$11,00 (onze dólares) multiplicados por 12.500.000 (doze milhões e quinhentos mil) unidades do veículo a serem produzidas em um ano.

A sociedade empresária conclui, com base nessa conta, que permitir a ocorrência dos danos à pessoa humana – possivelmente fatais – é mais benéfico economicamente à empresa do que alterar a linha de montagem do novo veículo. Essa fria racionalidade econômica resulta em mortes e sequelas permanentes.

Agora, visualize-se⁵⁶ uma gigante petrolífera que explora recursos naturais perto do litoral.

O relatório de segurança interno da plataforma aponta para a precariedade do mecanismo de contenção de gás natural que é liberado durante a perfuração dos poços de petróleo do leito do oceano. A direção da empresa decide não parar o intenso trabalho de extração – o que causaria um prejuízo milionário –, e opta por adotar medidas paliativas.

Pouco tempo depois, um maciço vazamento de gás natural passa despercebido, e a substância emerge, provocando uma grande explosão. A plataforma “*on-shore*” é atingida, levando instantaneamente à morte dezenas de trabalhadores. O petróleo vaza durante dias, sem que a empresa consiga contê-lo, restando clara a ausência de um plano sério de emergência para acidentes daquela natureza.

A substância se espalha rapidamente pela costa, causando intenso e incalculável dano ambiental, prejudicando, ainda, o turismo e a pesca, resultando na consequente inviabilização do labor de milhares de pessoas.

⁵⁶ Este exemplo baseia-se no caso do derramamento de petróleo no Golfo do México em 2011 após explosão ocorrida na plataforma Deepwater Horizon, da British Petroleum. Uma análise completa do acidente, bem como de suas repercussões – inclusive judiciais – pode ser encontrada no texto FARBER, Daniel A. Lessons from the BP Oil Spill. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n.3, v. 6, p. 232-245, out/dez. 2014.

Tenha-se em mente, dessa vez⁵⁷, um veículo de comunicação que consegue acesso a um ensaio fotográfico sensual de uma famosa atriz. As fotos haviam sido feitas mediante contrato com uma revista renomada no ramo e para exclusiva publicação neste periódico. Tendo pleno conhecimento disso, os editores do jornal popular decidem, no entanto, estampar uma das imagens da artista, desnudada, em sua capa, calculando que a expectativa de lucro com a venda do tabloide superaria qualquer reparação de danos.

A conduta resulta em abalo à imagem, à honra e à integridade psicofísica da atriz, que jamais desejou ver suas fotos íntimas estampadas em outro local que não a reservada revista para a qual havia posado.

Por fim, idealize-se⁵⁸, nesta oportunidade, uma grande empresa que contata uma cantora para divulgar sua nova companha publicitária. Esta, todavia, recusa a oferta, não em razão do valor oferecido, mas por ter desavenças com a política ambiental da companhia, uma das maiores emissoras de gases poluentes do planeta.

O agente econômico, no entanto, certo de que a famosa intérprete renderia à empresa o bônus buscado com a publicidade, emprega uma sósia em seu lugar, levando o público, efetivamente, a acreditar se tratar daquela artista. Para tanto, a empresa realiza um cálculo de custo benefício e delibera que pagar, em uma ação de responsabilidade, o valor médio da licença autoral da cantora, lhe seria vantajoso economicamente, tendo em vista os lucros passíveis de serem gerados com o comercial.

Tal comportamento redunda na cínica desconsideração da vontade daquela celebridade, olvidando seu consentimento para a exploração de sua imagem – e convidando outros agentes econômicos a fazer o mesmo.

Muitos outros exemplos, igualmente impactantes, poderiam ser trazidos, envolvendo o meio-ambiente, a saúde pública, os atributos da personalidade, a vida

⁵⁷ Este exemplo baseia-se no caso da atriz Maitê Proença contra o jornal carioca Tribuna da imprensa, datado de julho de 1996. O caso foi julgado em 2000 pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp 270.730/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001, p. 139.

⁵⁸ Este exemplo baseia-se no caso Midler x Ford, julgado em 1988 pelo Ninth Circuit Court of Appeals. Uma análise completa da decisão pode ser encontrada no texto LAPTER, Alain J. How the Other Half Lives: Twenty Years Since Midler v. Ford, a Global Perspective on the Right of Publicity. In: **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 15, 2007. Disponível em <http://ftp.documation.com/references/ABA10a/PDFs/1_7.pdf>. Acesso em 10/08/2019.

humana em geral. Estes apenas foram selecionados por representar diferentes espécies de ilícitos lucrativos: a) a grosseira negligência no desempenho de atividades de risco, deixando-se de adotar medidas elementares de cuidado, tendo em vista uma economia; b) a conduta mal-intencionada que, na busca do lucro, despreza as potenciais consequências danosas de seu comportamento comissivo; c) a expropriação da projeção de um atributo da personalidade de um particular, com vistas ao fato de que o lucro ilícito a ser obtido mediante a usurpação supera potencial condenação a arcar com a licença de uso.

Ante estes casos, basta a constatação de que, se semelhantes hipóteses fáticas tivessem lugar, hoje, no Brasil, não se disporia de soluções efetivas para a punição do ofensor, convidando os agentes de mercado a reprisar esses comportamentos deploráveis⁵⁹.

⁵⁹ Essa afirmação tanto é verdadeira que pode ser comprovada com análogos casos concretos que tiveram lugar em solo pátrio. Mencione-se, primeiramente, o exemplo do Bonde Santa Teresa, em circulação no Rio de Janeiro capital. Inobstante o histórico de acidentes, e a inequívoca ciência da empresa concessionária do serviço no sentido de que os bondes se encontravam em estado precário – com estudo a mostrar que apenas 3 dos 18 carros estavam em condições de circulação –, o agente econômico, de forma grosseiramente negligente, omitiu a adoção das medidas urgentes de prevenção. Sua conduta ilícita ocasionou a “tragédia anunciada” do dia 27/08/2011, resultando na morte de seis pessoas. (AREsp 314837, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/08/2017, DJe 31/08/2017). Diante desta hipótese, Daniel de Andrade Levy convida à seguinte reflexão: se, em uma das várias medidas judiciais aforadas contra a empresa antes do infortúnio, ela tivesse sido responsabilizada civilmente pelo mero risco criado, não teria sido outra a sua atitude, impulsionando uma mudança de comportamento em virtude do ataque às suas economias? (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 151). Recorde-se, agora, o acidente ecológico ocorrido em 2014, quando uma subsidiária da Petrobras, em razão de falhas na sua operação, deixou vazar 43 mil litros de amônia nas águas do Rio Sergipe. Nas demandas aforadas pelos pescadores da região, que viram seu trabalho indefinidamente obstado dada a contaminação dos peixes, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem reduzir as indenizações por danos morais fixadas pela Corte Estadual. O argumento utilizado para tanto foi o de que o *juízo a quo* havia arbitrado a verba com expressa função de punição da empresa, visando inibir a reiteração do comportamento, o que seria defeso em nosso ordenamento: “A função punitiva cabe ao Direito Penal e administrativo [...] não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos, haja vista que a responsabilidade por dano ambiental prescinde de culpa e que revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal”. Com base nessas razões, a Corte Superior fixou, para cada pescador, a módica quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), restando, nas demandas de responsabilidade ajuizadas no âmbito cível contra essa empresa de grande porte, incólume o lucro do ofensor e, assim, realizou-se convite à reiteração da conduta. (REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014). Lembre-se, agora, do caso do craque Jairzinho. O célebre jogador da seleção brasileira teve sua imagem indevidamente utilizada em publicidade comercial de uma cervejaria, às vésperas da copa do mundo de 1994. Ajuizada demanda contra o agente econômico, sobreveio, em grau recursal, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que condenou a requerida a pagar “o valor correspondente a um contrato, caso [o jogador] tivesse sido legalmente consultado”. Diante desse exemplo, Daniel de Andrade Levy aponta que impor ao empreendedor o pagamento tão somente do valor da licença de imagem do esportista significa obrigá-lo a algo que “muito provavelmente já estava disposto a fazer antes de sua conduta

Resta-se, atualmente, à mercê do Direito Penal, que diariamente dá mostras de sua inaptidão para atingir a capacidade econômica das empresas, mirando “em pessoas facilmente substituíveis, como administradores e representantes legais”⁶⁰. Tampouco se é socorrido pelo Direito Administrativo, em um país que vive um histórico e peculiar “capitalismo de Estado”⁶¹, em que as agências reguladoras parecem atuar em prol das empresas e não do interesse público⁶².

Deixa-se passar incólume o lucro, fator que leva as pessoas jurídicas à prática desses atos censuráveis. Desse modo, permite-se que a danosidade social prossiga de forma sistemática, tomando a rápida via entre a inefetividade do Direito Penal, a promiscuidade do Direito Administrativo e a condescendência do Direito Civil, espalhando-se na sociedade como uma doença infectocontagiosa. O mercado, dessa forma, subjuga valores constitucionais de elevada importância. Dada a generalização dessa conduta, não é exagero afirmar que a credibilidade do sistema jurídico corre o risco de se ver abalada⁶³.

antijurídica. Assim, ainda que Jairzinho houvesse recusado o contrato de licença, ousamos afirmar que a empresa não teria hesitado sequer um minuto em prosseguir na exploração de sua imagem, mesmo sem a autorização do jogador”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op cit., p. 113). Não tardou para que este comportamento viesse a ser repetido. Antes da Copa de 98, a AMBEV utilizava imagens não autorizadas da seleção brasileira em sua publicidade comercial. Ajuizada ação contra a cervejaria, o magistrado de origem reputou que “a indenização ideal para o dano moral aqui analisado seria aquela cujo valor fosse representado pelo proveito que a ré obteve com a utilização indevida da imagem da seleção brasileira”. Não obstante, a decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que excluiu a verba a esse título, decotando tudo o que viesse a exceder o preço médio da licença de imagem dos jogadores, sob pena de consagrar uma punição na esfera cível. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. Dissertação de mestrado em Direito Privado apresentada junto à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003, p. 254-255). Para Carlos Alberto Bittar, isso fez do ilícito “um excelente negócio do ponto de vista econômico para o ofensor, que, em termos práticos, expropriou um bem alheio pelo preço de mercado, prescindindo, assim, do consentimento do titular do bem”. (BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização. *In: Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 147, ano 28, p. 10, set/out, 1994).

⁶⁰ (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 173). A questão será abordada de forma detida no tópico 2.2 deste trabalho.

⁶¹ A precisa expressão é cunhada por Rosenvald, ao destacar que, “infelizmente, a realidade bate à porta de um Brasil caracterizado por um peculiar sistema capitalista: o capitalismo de Estado, herança patrimonialista, no qual a influência dos governantes sobre o mercado não se dá a título de saudável indução e regulação, porém de intervenção desmesurada, com indevida confusão entre o público e o privado”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 184).

⁶² Daniel de Andrade Levy anota, justamente, a adoção de uma indenização punitiva – como será tratado na segunda parte deste trabalho – como solução insuperável, já verificada nos países de *common law*, para os casos “em que as condutas esquivam-se das malhas sancionatórias do Direito Penal ou do direito administrativo regulador”, face às quais “uma responsabilidade civil puramente compensatória se torna facilitadora de certos ilícitos”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 64).

⁶³ Isso já era há muito percebido por André Tunc, que observando o mesmo cenário na França, destacava, com indignação dirigida à responsabilidade civil puramente reparatória, que “nous

Rosenvald, com bastante precisão, conclui diante desse cenário que o aprofundamento das técnicas de reparação e a socialização de seus custos, conquanto os elogiáveis avanços já destacados, provocaram o “ocaso ético” dos agentes econômicos, que já não possuem mais qualquer razão para não lesar⁶⁴.

A esse importante efeito colateral de uma responsabilidade civil reduzida à compensação dos prejuízos, adicione-se, agora, o perfil dos riscos de danos na sociedade contemporânea. E, então, ter-se-á um cenário que coloca em xeque o modelo tradicional de responsabilidade, apontando para a urgência de sua complementação pelo princípio da prevenção.

1.2 LACUNAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO REPARAÇÃO DE DANOS: A SOCIEDADE DE RISCOS

A exemplo do que se deu diante da revolução industrial, quando a responsabilidade civil foi convocada a adaptar-se às novas exigências e valores sociais, a partir da década de 70, o instituto tem sido mais uma vez chamado a ambientar-se. Leciona o sociólogo Ulrich Beck que vivemos, desde então, na sociedade de riscos⁶⁵.

A multiplicação espetacular dos novos dispositivos científicos e tecnológicos trouxe consigo, paradoxalmente, perigos de danos graves e irreversíveis,

sommes constamment, et en tout impunité, trompés, volés, empoisonnés, en conséquence des efforts conjugués des producteurs, des vendeurs et des prestataires de services pour maximaliser leurs profits [...] échappent à toute responsabilité les plus grandes fautes sociales : la pollution de l'air et de l'eau, la spéculation immobilière, les salaires insuffisantes ou injustes [...] ». (TUNC, André, op. cit., p. 103). Longe de erigir-se em uma percepção que restou no passado, a mesma preocupação foi, recentemente, objeto do voto da Ministra Eliana Calmon, no REsp 1.057.274/RS. O julgado versava sobre a imposição, por parte de empresa de ônibus no Rio Grande do Sul, de obstáculos para que os idosos pudessem gozar do benefício da gratuidade da passagem. A relatora destacou a necessidade do abandono do viés individualista da responsabilidade civil e a urgência de sua utilização enquanto instrumento de tutela social, o que seria, segundo ela, condição para a restauração da credibilidade do sistema jurídico. Isso, destacou, sob pena de, na era das relações massificadas de mercado, “criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais”. (STJ, 2ª TURMA, REsp 1.057.274/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01/12/09, Dje 26/02/10). É a mesma a opinião de Rosenvald, para quem a pena civil “deve ser redescoberta, como uma relevante ferramenta de apoio ao dever ético de não defraudar as expectativas suscitadas nos outros, mantendo a credibilidade na eficácia do sistema jurídico”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 18).

⁶⁴ A esse respeito, além de a percepção estar difusa por sua obra já citada, o autor dedica específico tópico sobre o tema, a saber, o 3.2, de título “Século XXI: o ocaso ético da técnica reparatória”, cuja leitura se recomenda.

⁶⁵ A abordagem que será feita neste tópico está toda baseada na seguinte obra: ULRICH, Beck. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra Modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

globalizados, que ameaçam diuturnamente a vida humana. O risco, se bem que ínsito à vivência em sociedade, vê-se hoje com quantidade e qualidade até então impensáveis⁶⁶.

Um único produto com vício é capaz, na idade das relações massificadas de consumo, de ceifar milhares de vidas; uma só fonte de poluentes é apta a degradar a qualidade do meio ambiente por gerações e em todo planeta; uma simples informação disseminada na internet pode em segundos reduzir a nada a honra de uma pessoa ao redor de todo o globo.

Os perigos se multiplicam, rompem fronteiras e não mais se limitam ao lugar em que foram gerados, nem atingem grupos específicos, afetando potencialmente todas as pessoas da comunidade mundial⁶⁷.

Além disso, inédito é o fato de que os riscos atuais se fazem presentes nas atividades mais básicas – no alimentar-se, no hidratar-se, no respirar – e, muitas vezes, diferentemente dos acidentes da industrialização – quando eram palpáveis –, são imperceptíveis à olho nu⁶⁸, dependentes da pesquisa científica – nem sempre exitosa – acerca de suas potencialidades danosas⁶⁹.

Não raro, os riscos contemporâneos, quando deixam o estado de latência que lhes é característico, já comprometeram irremediavelmente o meio-ambiente, a saúde pública, os atributos da personalidade, a vida humana em geral.

⁶⁶ A esse respeito destaca Ulrich Beck: “é certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global [...] a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, [hoje] são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida”. (ULRICH, Beck, op. cit., passim).

⁶⁷ Nas palavras do autor, “os riscos e efeitos da modernização [...] se precipitam sob a forma de ameaças à vida de plantas, animais e seres humanos. Elas já não podem – como os riscos fabris e profissionais no século XIX e na primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política, faz surgir ameaças globais supranacionais e independentes de classe”. (ULRICH, Beck, op. cit., p. 16).

⁶⁸ Explica o autor que, “as ameaças de então, à diferença das atuais, agastavam o nariz ou os olhos, sendo, portanto, sensorialmente perceptíveis, enquanto os riscos civilizatórios atuais típicos escapam à percepção, ficando pé sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas (por exemplo, toxinas nos alimentos ou a ameaça nuclear)”. (ULRICH, Beck, op. cit., p. 26).

⁶⁹ Como afirma Beck, “perigos vêm a reboque do consumo cotidiano. Eles viajam com o vento e a água, escondem-se por toda a parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos –, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da Modernidade”. Para o sociólogo, hoje, “quem simplesmente utiliza as coisas [...] sem se perguntar sobre a realidade tóxica oculta, é não apenas ingênuo, mas ignora as ameaças que o assolam”. Diante disso, as medições científicas de risco se tornam algo constante e exigido pela própria existência humana. (BECK, Ulrich, op. cit., passim).

Para Beck, o que se tem, diante disso, é uma sociedade caracterizada pelos riscos de danos que produz.

Ensina o sociólogo que a ausência de percepção sensorial desses perigos nem por isso faz com que eles escapem à consciência coletiva. Ao contrário, lida-se, cotidianamente, com o desconhecimento de sua causalidade latente, imperceptível, complexa, ao mesmo tempo em que se sabe que esses riscos estão presentes por toda a parte⁷⁰.

O balanço da presença de substâncias tóxicas no ar e nos alimentos, o registro do aquecimento global, o escândalo das catástrofes ambientais, a lembrança dos desastres nucleares, a calamidade dos crimes cibernéticos, as listas dos flagelados e mortos pelas falhas ocultas dos produtos industrializados: são todas essas circunstâncias que estão diariamente nos jornais, fazendo com que ninguém se esqueça dos perigos que cercam sua existência.

Ulrich Beck anota, diante desse cenário, que a tranquilidade e a imediatidade da vida se viram suspensas e substituídas por uma preocupação constante com os riscos, que é acompanhada de uma “sensação inelutável de desamparo”⁷¹. Não há para onde fugir e não há riqueza que compre armaduras impenetráveis pelas ameaças da Pós-Modernidade: “o smog é democrático”⁷².

⁷⁰ É por isso que o autor afirma que o risco contemporâneo é algo “simultaneamente real e irreal”. Ulrich Beck explica que, dependente das pesquisas científicas, sua percepção não é tangível ao leigo sem mediações e, assim, o perigo pode ser objeto de manipulação. Isso torna as medições e divulgações de risco um grande alvo de disputas políticas, cujo manejo pode acabar envolvendo uma reorganização do poder e das responsabilidades. (BECK, Ulrich, op. cit., passim).

⁷¹ ULRICH, Beck, op. cit., p. 8.

⁷² O que o autor quer significar com isso é muito bem apreendido por Deltón Winter de Carvalho. Leciona o jurista, ao tratar da “sociologia dos riscos”, que enquanto a sociedade industrial “é estruturada em classes sociais e tem por característica a distribuição da riqueza e dos riscos que se limitam a (beneficiar ou prejudicar) determinados grupos sociais, a sociedade de risco tem como principal característica a distribuição de riscos de uma nova formatação capaz de perpassar todas as classes sociais indiscriminadamente”. (CARVALHO, Deltón Winter de. **Gestão jurídica ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, e-book). A poluição do ar, ou o “smog”, é o exemplo que Ulrich Beck utiliza para explicar essa condição. Não se trata de um prejuízo limitado a determinada classe social, nem mesmo circunscrito geograficamente, mas que pode, cedo ou tarde, atingir qualquer pessoa da comunidade mundial, ainda que não se olvide que os países periféricos e as populações mais pobres continuam sofrendo com maior intensidade os efeitos da modernização. Não são mais, no entanto, os únicos. Na sociedade de riscos, a riqueza já não compra escudos resistentes aos perigos globalizados. Ou, nas palavras do sociólogo alemão, “na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando portanto as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco (em contraposição à sociedade de classes) desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global [...] são todos submetidos, no limite, à pressão equalizante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Sociedades de risco não são sociedades de classes – mas isto ainda é pouco. Elas contêm em si uma dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das autoameaças civilizacionais” (BECK, Ulrich, op. cit., p. 57).

Em passagem que se tornou célebre, o sociólogo sintetiza seu pensamento anotando que, se a força motriz da sociedade oitocentista podia ser resumida na frase: “tenho fome!”, o movimento desencadeado pela sociedade de risco é expresso na frase: “tenho medo!”.

Isto é, a liberdade quase ilimitada que nos oitocentos foi assegurada aos agentes econômicos sob a justificativa de acabar com a miséria impôs à humanidade uma nova destinação, fruto da lógica do lucro a qualquer preço. O mercado, sem amarras, se revelou tão ameaçador quanto qualquer constrição natural, pois produziu uma sociedade que é definida por seus riscos à vida humana⁷³.

Ulrich Beck enfatiza que à medida em que essas ameaças provindas da “civilização avançada”, antes vistas como efeitos colaterais do desenvolvimento econômico, se convertem em nossa própria normalidade, a comunidade começa a reclamar uma “mudança geral de curso” que possa apaziguar essa sensação constante de insegurança⁷⁵.

⁷³ E aqui não se está a dizer que o intento não teve seu êxito. A drástica redução da pobreza absoluta observada nos dois últimos séculos deve-se, em boa parte, à liberdade de comerciar, antes restrita. A esse respeito, sugere-se a leitura do artigo a seguir referenciado: ROSER, Max. **The short history of global living conditions and why it matters that we know it**. Disponível em <<https://ourworldindata.org/a-history-of-global-living-conditions-in-5-charts>>. Acesso em 19/01/2020. O que se diz, de modo diverso, é que, hoje, após a suplantação das carências materiais mais urgentes, as condições sociais exigem seja a liberdade harmonizada com outros valores, não mais vigendo de modo absoluto, sob pena de fazer do mercado uma segunda constrição natural tão ameaçadora – guardadas, é claro, as devidas proporções e não sem certo exagero – quanto a fome fôra em outros tempos.

⁷⁴ Há hoje, segundo o autor, “um novo tipo de dependência”, que se converte em nossa “segunda natureza”. Trata-se de nossa dependência do consumo e do mercado, uma dependência em relação ao sistema mercantil que se converte, no e com o sistema mercantil, em lei do modo de vida na civilização industrial. Produzimos riscos e, para superá-los, paradoxalmente, recorremos ao capitalismo predatório, em um ciclo vicioso. (BECK, Ulrich, op. cit., passim).

⁷⁵ Explica Ulrich Beck que, na Modernidade, “a distribuição e os conflitos distributivos em torno da riqueza socialmente produzida” ocuparam o primeiro plano, e, assim, “o pensamento e a ação das pessoas foram dominados pela evidência da carência material”, por aquilo que o autor chama de “ditadura da escassez”. Em razão da “miséria gritante”, dispunha-se, assim, a arcar com certos efeitos colaterais. Todavia, “quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a ‘autêntica carência material’ [...] o processo de modernização é privado de seu fundamento de legitimidade até então vigente”. Desse modo, dissemina-se, gradativamente, a consciência “de que as fontes de riqueza estão ‘contaminadas’ por ‘ameaças colaterais’”, o que alimenta “uma crescente crítica da modernização, que ruidosa e conflitivamente, define os rumos das discussões públicas”. O véu da legitimidade do desenvolvimentismo econômico é gradativamente arrancado, e aquilo que antes era aceito como inevitável efeito colateral passa a ser tido como inaceitável resultado da lógica do lucro a qualquer preço: começa-se a reclamar por um desenvolvimento sustentável que seja capaz de livrar a humanidade de um estado de contínua ameaça. (BECK, Ulrich, op. cit., passim).

Passa-se a desvelar e a questionar “a trama de interesses unilaterais do cálculo empresarial”. Oferece-se maior resistência aos “tradicionais procedimentos de minimização e encobrimento” dos efeitos danosos da iniciativa privada.

Sobretudo onde há hoje menos carência material, nota-se, segundo o sociólogo, uma gradativa “suspensão do fatalismo” e a associação dos perigos de danos graves e irreversíveis aos processos decisórios dos agentes econômicos⁷⁶.

Pugna-se, finalmente, pelo controle dos agentes econômicos, pela correção dos rumos catastróficos a que a sociedade global é levada em virtude da avidez por lucro, e por um desenvolvimento sustentável que respeite a incolumidade da pessoa e da natureza⁷⁷.

Diante disso, enfatiza o autor que, se o dano outrora ganhava importância apenas quando de sua ocorrência, na sociedade Pós-Moderna, o risco obtém relevância ativa. Entra na ordem do dia, adquirindo peso decisivo para a qualidade de vida, a capacidade de antecipar os perigos⁷⁸. Reclama-se pelo fim do mero tratamento dos sintomas e em seu lugar exige-se o combate às causas do contágio.

Empurradas pelos ventos dos novos tempos, as velas do direito são pressionadas a se ajustar. Do ordenamento jurídico se espera, diante disso, a renovação de seu instrumental para que faça frente aos desafios de uma genuína supressão do risco⁷⁹.

⁷⁶ Nas palavras do autor, “teores tóxicos e emissões de poluentes, inicialmente tomados como efeitos colaterais ‘latentes’ e subsequentemente ‘inevitáveis’, passam a ser paulatinamente, sob os olhos das ciências, associados à dimensão decisória neles embutida e às condições de sua controlabilidade”. A este momento, questões que outrora se encontravam “em território soberano do gerenciamento empresarial”, tais como “detalhes de configuração do produto, processos produtivos, modalidades de energia e tratamento de resíduos”, convertem-se em “vespeiro da política governamental”, submetidas à intervenção, controle e sanção oficial. (ULRICH, Beck, op. cit., passim).

⁷⁷ Como lembra Graciela Nora Messina Estrella Gutierrez, “ante un hecho de la magnitud de la catástrofe mundial vivida, el hombre contemporáneo, en actitud filosófica, se plantea el sentido de la vida y el futuro del mundo”. (ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. Messina. Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna. **Jornadas de derecho civil**: Buenos Aires. Disponível em < <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Messina-de-Estrella-Guti%C3%A9rez-Graciela-1.pdf>>. Acesso em 20/12/2019).

⁷⁸ Leciona o sociólogo que “para sobreviver na velha sociedade industrial, era essencial a capacidade das pessoas de combater a carência material e evitar o descenso social [...] na sociedade de risco, outras capacidades suplementares tornam-se cruciais para a sobrevivência. Nela, adquire peso decisivo a capacidade de antecipar os perigos [...] saber lidar de tal modo biográfico e político com o medo e a insegurança se convertem numa qualificação civilizacional decisiva”. (ULRICH, Beck, op. cit., p. 93).

⁷⁹ Destaca Ulrich Beck que, para tanto, o direito precisa trabalhar com visões gerais e integradas, revendo sua racionalidade de compartimentalização. Tal questão será tratada mais a frente.

A prevenção de danos, na era dos frequentes e colossais atentados ao meio-ambiente, à saúde pública, à vida humana e seus atributos – interesses fundamentais e geralmente irrestauráveis –, passa a ser reclamada como função prioritária do direito. Para esse desiderato são chamados a convergir todos os ramos do ordenamento⁸⁰.

Há quem diga que se a liberdade colonizou o direito oitocentista, é a prevenção o *ethos* do Direito na Pós-Modernidade⁸¹. Cumpre, então, explorar o conteúdo deste princípio.

⁸⁰ No preciso resumo de Bruno Câmara Carrá, “percebeu-se que a dimensão dos danos atuais já não recomendaria mais seu mero reconhecimento e reparação. A forma traiçoeira e muitas vezes irremediável como os novos danos costumam projetar seus efeitos estava a exigir, por parte do jurista, a tomada de medidas preventivas e não apenas compensatórias [...] a sociedade de risco sugere um estado de constante vigilância, visando a impedir que os danos ocorram”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30).

⁸¹ Nesse sentido leciona Bruno Câmara Carrá, ressaltando que “no princípio da precaução subjaz o *ethos* da Pós-Modernidade”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 61). É a mesma a opinião partilhada por Daniel de Andrade Levy que enxerga na possibilidade de afastar os riscos, corporificada, em seu extremo, no princípio da precaução, “o mais fiel retrato desta crise da Pós-Modernidade”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 18). Na mesma esteira afirma Catherine Thibierge, para quem “c’est faire le pari que la précaution est l’une des clés de l’éthique de la responsabilité que certains appellent déjà de leurs vœux ». (THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 12).

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO DEVER DE EVITAR OS DANOS: O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A constatação da inaptidão do sistema normativo moderno para fazer frente às demandas de uma sociedade em “estado de ameaça”, bem como a certificação de sua incapacidade de entregar o melhor para a coletividade quando os frequentes danos graves e irreversíveis já ocorreram, é o ponto de partida para se chegar à prevenção, o novo fundamento do direito para os tempos Pós-Modernos.

Este princípio, em seu sentido abrangente, engloba dois outros: o princípio da prevenção *strictu sensu* e o princípio da precaução. Ambos têm suas bases em documentos internacionais sobre a questão ambiental.

Se hoje, em solo pátrio, se discute a necessidade de sua afirmação como paradigma de todo o direito, a preocupação com a antecipação dos eventos lesivos ao meio-ambiente já era objeto de discussão na década de 70 em conferências mundiais, e em 88 já ganhava densidade constitucional neste âmbito, com a consagração do art. 225 de nossa Carta Magna⁸².

Não haveria de ser diferente, pois os acidentes ecológicos possuem, via de regra, “consequências incertas, transfronteiriças e intergeracionais”, deflagrando uma absoluta incompatibilidade com uma atuação isolada e *post factum*. Os riscos de lesões ao meio-ambiente, bem por isso, são apontados como os mais simbólicos desafios com que a comunidade internacional é chamada a lidar no século XXI.

A precocidade da consagração do princípio da prevenção no direito ambiental brasileiro se deu, assim, por influência dos países do norte, onde o véu da legitimidade do desenvolvimentismo econômico foi arrancado mais cedo. As grandes potências mundiais forçaram a discussão e uma tomada de posição por parte dos países subdesenvolvidos, podendo-se dizer que foi essa a principal razão pela qual

⁸² Prevê a Constituição, em seu art. 225, que é dever, imposto ao Poder Público e à coletividade, a defesa e preservação do meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”, o que engloba, segundo os incisos deste dispositivo: a prerrogativa de “controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio-ambiente”; o poder de “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”; a incumbência de proteger a fauna e a flora e denunciar “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica [...]” – grifos meus.

esse vetor normativo chegou ao microssistema de defesa ambiental brasileiro antes de atingir os demais ramos do ordenamento – o que hoje se intenta⁸³.

Desse modo, não se escapa de partir do direito internacional para a formulação do princípio da prevenção.

Relevante, nesse sentido, foi a realização da Conferência de Estocolmo, em 1972, ocasião em que o desenvolvimento sustentável foi o assunto principal. O relatório final aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas⁸⁴ introduziu no cenário mundial o tema da antecipação de danos ambientais:

Chegamos a um momento da história no qual devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às consequências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar lesões imensas e irreparáveis àquilo de que depende nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente de acordo com as necessidades e aspirações do homem.

O que se nota nessa passagem é a ênfase no porvir. O risco, elemento caracterizador da sociedade contemporânea, “é uma modalidade de relação com o futuro”⁸⁵, e não com o pretérito.

⁸³ Segundo Bruno Câmara Carrá, “os danos contra a natureza quase sempre excedem os níveis de interesse pessoal ou local. Por isso, convencionou-se dizer que seu impacto é coletivo, transfronteiriço e intergeracional na maioria das vezes. A insuficiência das estruturas tradicionais de gestão de riscos para lhes fazer frente é manifesta por óbvias razões e tal incapacidade reflete-se de modo especial na responsabilidade civil”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., passim). A inexistência de uma limitação geográfica e temporal dos impactos ambientais faz com que sua gestão apenas possa ser feita contando com uma atuação conjunta da comunidade mundial. Eis a razão pela qual, muitas vezes, se observou e se observa a assunção do princípio da prevenção por países periféricos na seara ambiental, vigiados do exterior neste âmbito, enquanto em outros ramos de seu direito o capitalismo predatório ainda ditava e dita, sem constrangimento, o padrão regulatório – o Brasil não escapa em todo desse contexto. A crise ambiental, sentida antes, é certo, nos países desenvolvidos – ou melhor, objeto de uma anterior tomada de consciência, dada uma precoce suplantação das carências materiais mais dramáticas nestes locais –, foi logo erigida como “a grande questão global” do final do século XX e início do Século XXI. Com ela colocou-se em xeque o modelo econômico crescimentista e afirmou-se uma responsabilidade comum e urgente por uma mudança de curso capaz de garantir as condições presentes e futuras de vida humana na terra. O problema do meio-ambiente sadio, pensado de fora, logo forçou as portas das legislações nacionais dos países do sul, constrangidos a uma cooperação em nível global, dada a repercussão transfronteiriça dos prejuízos decorrentes da gestão ambiental praticada por cada Estado.

⁸⁴ Íntegra do documento disponível em <
https://apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf
 >. Acesso em 12/08/2019.

⁸⁵ (CARVALHO, Délton Winter de, op. cit., e-book). Já destacava Ulrich Beck que nos riscos “exprime-se sobretudo um componente futuro [...] riscos têm, fundamentalmente, que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje [...] o núcleo da consciência do risco não está no presente e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar,

Percebe-se também a rejeição ao fatalismo de outrora. Tem-se que o risco “decorre sempre de uma tomada de decisão”, cujas consequências serão sentidas alhures⁸⁶.

Com esses processos decisórios, visando evitar os danos vindouros, é que o sistema jurídico, à luz do princípio da prevenção (*lato sensu*), é hoje chamado a interagir.

Sinteticamente, pode-se dizer que sua missão é comunicar ao Estado (enquanto órgão fiscalizador e repressor) e aos agentes de mercado (enquanto atores dessas definições) que há riscos que não podemos aceitar que sejam criados, dado seu potencial lesivo a interesses sensíveis – ao meio-ambiente, à saúde pública, aos atributos da personalidade, à vida humana em geral.

Trata-se, assim, de comando à atuação sob o signo da prudência⁸⁷, de norma irradiadora do dever ético de cuidado com o outro e com a natureza⁸⁸, de vetor atributivo da responsabilidade por essa e pelas futuras gerações^{89 90}.

entra o futuro [...] tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles”. (ULRICH, Beck, op. cit., p. 39-40).

⁸⁶ Enfatiza Délton Winter de Carvalho que, dessa forma, o risco passou a ser tido como algo “interno ao sistema”, o que permitiu uma potencialização do direito ambiental, à medida em que expandiu-se o objeto da disciplina para abarcar “a observação das possíveis consequências ecológicas (futuras) emanadas e decorrentes das decisões jurídicas (e econômicas)”. (CARVALHO, Délton Winter de, op. cit., e-book).

⁸⁷ Em uma aproximação da ideia de precaução à noção antiga de prudência, paralelo que bem poderia ser travado entre este termo e o conceito mais amplo de prevenção, Bruno Câmara Carrá assim ensina: “trata-se, em síntese, de uma questão de atuar com prudência e que coloca em evidência a necessidade de salvaguardar espaços sensíveis. Outrossim, espera-se com essa nova forma de pensar a vida que se ponha de lado a estrita e nitidamente claudicante lógica de mercado, que costuma pôr interesses de cunho financeiro sobre bens axiologicamente superiores como a vida e o ambiente. Por isso mesmo, o princípio precautório é assimilado por muitos autores ao antigo conceito grego de *phronésis*, ou prudência, entendida como um proceder e não necessariamente uma atividade intelectual estrita ou matematicamente mensurável. A aproximação da ideia de prudência à de precaução não apenas é possível como recomendável [...] o homem prudente evita o perigo. A ideia de precaução busca através disso garantir algum grau de segurança a cenários de insegurança [...] é qualificadora do homem atento, ágil, diligente por fim. Como tal, lhe é preferível evitar, não reparar”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 61-62).

⁸⁸ Keila Pacheco Ferreira lembra que o antigo axioma romano “*alterum non laedere* (não lesar a outrem)” é “inseparável da noção de alteridade”, dela retirando seu próprio sentido. Natural que o cuidado com o outro esteja, assim, na base da responsabilidade civil. (FERREIRA, Keila Pacheco. Prevenção e responsabilidade civil: revisitando os aspectos teleológicos na primeira década do Código Civil. in: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.** (coord.) LOTUFO, Renan; ETORRE NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues. São Paulo: Atlas, 2012, p. 702). Chegando à mesma conclusão, Rosenvald destaca que a “inflação que lança a opinião pública à procura de responsáveis”, deve ser “deslocada para uma posição mais elevada que a ação e seus efeitos danosos, em direção às necessárias medidas de precaução e de prudência capazes de prevenir o dano”. Ao ver do autor, tem-se, assim, “uma ideia moral da responsabilidade”, que “demanda que o jurista atue sob o signo da prudência preventiva. Trata-se de uma transferência do objeto da responsabilidade: no plano moral, a responsabilidade é por outro ser humano, outrem. Tornando-se fonte de moralidade, o outro é promovido à posição de objeto de

O que esse fundamento adiciona e protagoniza, porque os tempos assim exigem, é uma nova ética do agir, solidária e prospectiva, em contraste com a lógica individualista e imediatista do lucro a qualquer preço⁹¹.

Ao assumir a prevenção como paradigma – o que se almeja –, o direito passa – ou deve passar – a impor um comportamento dirigido, sobretudo, à garantia do futuro – como condição do presente⁹² –, buscando um desenvolvimento sustentável⁹³.

cuidado. O impacto desse deslocamento do objeto no plano moral é sentido no plano jurídico da responsabilidade: alguém se torna responsável pelo dano, porque, de início, é responsável por outrem”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 31).

⁸⁹ Essa construção do princípio da prevenção é substancialmente amparada em reflexões filosóficas acerca do agir no século XXI. O filósofo francês Paul Ricoeur lembra que, com a percepção da extensão virtualmente ilimitada dos danos que hoje somos passíveis de produzir, “la vulnérabilité future de l’homme et de son environnement devenant le point focal du souci responsable”. (RICOEUR, Paul. **La responsabilité**: essai d’une analyse sémantique. Paris: ed. Esprit, 1995, p. 65). Na mesma linha reflete o filósofo americano Hans Jonas, que em sua busca de um “princípio de responsabilidade” para a sociedade de riscos, aponta que não devemos apenas ser responsabilizados pelos prejuízos que causamos – isso é muito pouco para assegurar nossas condições de sobrevivência hoje –, mas também ser e nos sentir responsáveis pela natureza e pelo outro vulnerável, o que põe o foco no porvir, no que está a demandar nossas ações para a preservação, promoção e realização da dignidade ínsita a cada ser humano, já existente e a existir. A responsabilidade do século XXI, nos ensina Hans Jonas, é a responsabilidade pelas futuras gerações, exigindo uma ética fundamentada na prevenção, no cuidado com o outro e no respeito à natureza, o que deve balizar os contemporâneos institutos jurídicos. (KUNG, Hans Jonas. **Projeto de Ética Mundial**. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1998).

⁹⁰ Na definição de Graciela Nora Messina Estrella Gutierrez, em interpretação da lei argentina 26.944/2014 – que versa sobre a responsabilidade civil do Estado –, o princípio da prevenção “constituye un deber nuevo que impone el ordenamiento a toda persona, para que actúe en cuanto de ella depende, evitando causar daño no justificado, o adoptando de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas para que el daño no se produzca, o disminuya su magnitud”. (ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. Messina, op. cit., p. 5).

⁹¹ Afinal, como lembra o sempre brilhante economista Amartya Sen, o conceito de desenvolvimento – que impulsiona nosso modo de agir – não alberga um direito de busca desenfreada pelo lucro, porquanto não se confunde com o simples aumento quantitativo de riquezas. É, antes, conceito que carrega uma boa dose de solidariedade, uma vez que significa o incremento da capacidade material de cada pessoa humana de fazer aquilo que valoriza, o que também não prescinde do cuidado com a natureza e com as futuras gerações. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000).

⁹² LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 134.

⁹³ Faz-se pertinente, como fechamento à formulação deste princípio, a apresentação do conceito de “desenvolvimento sustentável” que está em sua base. Trata-se, ao ver de Gustavo Krause, de um projeto de sociedade que não se afirma como resultado, mas que se concebe como processo. Um iter fundado numa cultura cujos elementos constitutivos são os seguintes: “uma sólida consciência social em relação ao direito a um ambiente saudável e produtivo; o reconhecimento universal quanto ao valor da diversidade biológica, da heterogeneidade cultural e do pluralismo político; o respeito a uma ética inter e intrageracional; a ênfase especial às prioridades voltadas para as necessidades básicas, a elevação da qualidade de vida e a inclusão social; o reconhecimento da eficácia de práticas de descentralização econômica e gestão participativa; a incorporação de uma dialética que não apenas opõe, mas aproxima o particular do universal, o local do global”. (KRAUSE, Gustavo. A natureza revolucionária da sustentabilidade. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 18). Hans Jonas, comungando dessa ideia, enfatiza, por diversas vezes, que “a análise do mercado não pode

Enquanto obrigação correlata, nasce (ou deve nascer) um *múnus*, a ser exercido pelo Estado, com apoio da sociedade civil, de controle dos comportamentos antissociais, de repressão dos ilícitos lucrativos, de denúncia da vilania dos maus jogadores, e tudo o mais que for razoável e útil à gestão eficiente dos riscos de danos que ameaçam a qualidade de vida da sociedade⁹⁴.

Essa elaboração, no entanto, não dá conta de todo o conteúdo deste princípio, revelando apenas uma de suas facetas.

A discussão sobre a antecipação dos eventos lesivos ao habitat do homem foi bastante aprofundada pela comunidade internacional nas duas décadas seguintes, culminando, quando da realização da Eco-92, na emissão de uma declaração que tratou de modo mais detido da questão em apreço⁹⁵.

O grande mergulho que se percebeu nesta última conferência foi a enunciação formal, pela primeira vez em um documento internacional e de tal relevância, da exigência de precaução, alargando a noção que até então se tinha do conteúdo da prevenção de danos.

A ênfase passou a estar não apenas no gerenciamento dos riscos conhecidos (prevenção *strictu sensu*), mas também na antecipação face àqueles perigos acerca de cuja (in)existência não se tem segurança (precaução).

A recomendação 15 desta Carta estabelece que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para evitar a degradação ambiental”.

O fator determinante para essa ampliação do campo de incidência do vetor normativo em análise foi a percepção da complexidade das relações

substituir essa ética”, devendo-se buscar “uma economia de mercado regulada, social e ecológica”. (JONAS, Hans Küng, op. cit., p. 23-31).

⁹⁴ A respeito dos instrumentos de que se pode lançar mão para a concretização desta obrigação, dedicar-se-á a segunda parte do presente trabalho, que se erige no capítulo 3 deste escrito.

⁹⁵ São os seguintes os enunciados que, integrantes da declaração adotado ao final da conferência, versaram sobre o tema: “Princípio 14: Os Estados devem cooperar de modo efetivo para desestimular ou prevenir a mudança ou transferência para outros Estados de quaisquer atividades ou substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana. Princípio 17: A avaliação da lesividade ambiental, como política nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente [...] Princípio 19: Os Estados devem prover oportunamente, a Estados que possam ser afetados, notificação prévia e informações relevantes sobre atividades potencialmente causadoras de considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e devem consultar-se com estes tão logo quanto possível e de boa-fé”. – grifos meus. Íntegra do documento disponível em < <http://www.ecologiaintegral.org.br/Agenda21.pdf>>. Acesso em 21/08/2019.

contemporâneas de causa e consequência, circunstância intimamente ligada à latência dos riscos da Pós-Modernidade – característica que não se adstringe aos danos ecológicos⁹⁶.

As taxas crescentes de asma, câncer, extinção de espécies animais, aquecimento global, contaminação mundial por substâncias tóxicas; são circunstâncias que, exemplificativamente, informam que os efeitos danosos do desenvolvimento econômico continuam crescendo e, ao mesmo tempo, não permitem indicar com precisão um responsável ou um único fator de desencadeamento, mas múltiplas fontes que podem convergir na produção desses danos⁹⁷.

⁹⁶ Como de forma percuciente ensina Deltón Winter de Carvalho, os riscos e perigos atuais “são caracterizados pela maior complexidade probatória que envolve a sua existência e suas possíveis consequências nocivas. Essas atividades e produtos, decorrentes de uma ciência pós-industrial, apresentam-se como elementos de uma explosão evolutiva da ciência que, no entanto, não foi acompanhada por uma compreensão segura (científica) das consequências nocivas de sua utilização massificada. Assim, a incerteza científica que recai sobre as relações de causa e consequência é a marca das novas tecnologias na sociedade contemporânea [...] atualmente, podem ser observadas duas espécies de riscos: de um lado, os riscos concretos, característicos de uma formatação social de natureza industrial, e, de outro, os riscos invisíveis ou abstratos, inerentes à sociedade de risco (ou pós-industrial). Os riscos concretos ou industriais são ‘riscos calculáveis’ pelo conhecimento vigente, sendo caracterizados por uma possibilidade de ‘análise de risco determinística passível de uma avaliação científica segura das causas e consequências de uma determinada atividade’. São riscos para os quais o conhecimento científico acumulado é capaz de determinar sua existência e dimensões. Os riscos concretos são, na verdade, consequências nocivas de uma determinada atividade ou técnica, cujo conjunto de causalidades é provável e calculável pelo conhecimento científico vigente. Os riscos característicos da industrialização clássica também são espécies perceptíveis ao sentido humano e, geralmente, mantêm-se limitados a determinadas classes sociais, ou mesmo territorialmente. Desta forma, a estes riscos se aplica o Princípio da Prevenção, consistindo em uma orientação principiológica mais centrada na previsibilidade científica dos riscos oriundos de uma formatação social maquinista-industrial. Já os riscos inerentes à forma pós-industrial da sociedade, entre os quais se destacam os ambientais, são marcados por sua (i) invisibilidade; (ii) globalidade; e (iii) transtemporalidade [...] enquanto os riscos característicos da sociedade industrial detêm uma concretude causal inerente à lógica da operacionalidade mecanicista da sociedade industrial, os riscos produzidos pela era pós-industrial (ou de risco) são caracterizados por uma invisibilidade e hipercomplexidade causal. Os riscos distribuídos por formas produtivas pós-industriais consistem em riscos para os quais o conhecimento científico vigente não é suficiente para determinar a sua previsibilidade. A abstração e complexidade inerentes à atribuição causal nos riscos produzidos e distribuídos por atividades tais como as mudanças climáticas, biotecnologia, indústria química, radiações eletromagnéticas geradas por estações de radiobase de telefonia celular, geração de energia nuclear, entre outras, fazem surgir a necessidade de formação de critérios específicos para processos de tomada de decisão em contextos de incerteza científica. As indeterminações que marcam a invisibilidade dos riscos e a dificuldade de avaliação científica daqueles decorrentes das atividades que fazem uso de tecnologias pós-industriais permitem apenas uma ‘avaliação probabilística’ de suas consequências por meio da aplicação do código provável/improvável. Estes riscos, marcados por uma natureza pós-industrial, são geridos pelo Princípio da Precaução, sendo esta uma regra principiológica mais afeta às incertezas científicas e a riscos dotados de gravidade especial”. (CARVALHO, Deltón Winter de, op. cit., e-book).

⁹⁷ Interessante exemplo do que se está a tratar, que foi trazido para o foro judicial, é o da cidade de Kivalina, no Alasca, que se viu destruída por inundações derivadas do derretimento de camadas de gelo da região. Por intermédio de advogados outrora residentes na cidade, moveu-se ações de

Os processos causais tortuosos da sociedade de riscos, que colocam suas ameaças sob o “manto da postergação dos efeitos”⁹⁸ – e, até então, das medidas de prevenção – passaram a ser percebidos, assim, como exigentes de uma postura precaucional⁹⁹.

responsabilidade civil contra as mais importantes corporações que exerciam atividades de exploração de petróleo e eletricidade perto daquele local, a exemplo da ExxonMobil, Chevron, Shell, AES Corporation, dentre outras. Tais demandas foram negadas em todas as instâncias, tendo seu não conhecimento ratificado pela Suprema Corte norte americana. Conforme a análise de Eric Posner, “Kivalina pode facilmente provar que a Exxon Mobil e os outros réus emitiram gases de efeito estufa, mas ela não pode provar que essas emissões verdadeiramente causaram o derretimento do gelo na cidade. É possível que o gelo tenha derretido como resultado de um distúrbio local na atmosfera não relacionado com as emissões de gás estufa; e mesmo que se prove que o derretimento de gelo foi causado pelo aquecimento da atmosfera, isso pode ter sido ocasionado por emissões realizadas por outras empresas que não aquelas demandadas. Compreensivelmente, um tribunal poderia até atribuir à Exxon Mobil uma porcentagem na responsabilidade geral pelo aquecimento global, mas a maioria das cortes se veriam relutantes a fazê-lo”. (POSNER, Eric. **The perils of global legalism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 210). O que este caso concreto deflagra é o caráter insidioso dos riscos pós-industriais e, dessa característica derivada, a dificuldade em se estabelecer relações de causa e consequência após os danos já terem ocorrido. Isso evidencia a necessidade de antecipação aos eventos lesivos, de combate às causas, mesmo em face de contextos de incerteza científica acerca dos riscos da atividade.

⁹⁸ Como afirma Bruno Câmara Carrá, os danos típicos da sociedade de risco “não se revelam à luz do dia”, de sorte que “de maneira imperceptível, mas persistente, vão deteriorando, sobretudo, a saúde dos afetados [...] muitos dos danos infligidos à saúde humana em decorrência das tecnologias em uso não são detectáveis de imediato, não se podendo realizar os juízos de causalidade adequada, como tradicionalmente são requeridos para fins de reparação civil. Por isso, os danos dessa Pós-Modernidade caracterizam-se, em resumo, pela incerteza”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., passim). A questão também é observada por Teresa Ancona Lopez, que chama atenção para a contínua produção de “efeitos tardios perniciosos” pela sociedade de consumo. (LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, p. 1225, jan/dez. 2010). Há, no entanto, a constatação, que remonta ao início da década de 70, de que a postergação dos efeitos danosos dessas atividades, circunstância intimamente conectada à latência e complexidade dos riscos pós-industriais – que deságuam na era das incertezas –, não pode, diante da gravidade dos danos passíveis de serem produzidos, servir de justificativa à ausência de adoção de medidas de prevenção destinadas a evitá-los. Ulrich Beck já destacava a necessidade de se questionar a validade das exigências de provas causais em vigor, para “não mais interpretar a impossibilidade de uma rígida comprovação causal nos termos das ciências naturais em prejuízo das suscetibilidades ao risco”, mas admitir uma relação causal se meras correlações estatísticas entre atividades ou produtos e enfermidades específicas puderem ser comprovadas, visando evitar-se, assim, que danos graves e irreversíveis se produzam. (BECK, Ulrich, op. cit., p. 77). O que se busca, com o princípio da precaução, é um direito que aja não apenas face ao risco, mas também, em certas circunstâncias, frente ao “risco do risco”, quando houver mera potencialidade de risco de danos graves e irreversíveis. (LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco...op. cit., p. 1226).

⁹⁹ O direito brasileiro é pródigo em exemplos que ajudam a compreender a importância do princípio da precaução para uma releitura dos pressupostos da responsabilidade civil em prol da tutela da dignidade humana. Nesse sentido, destaque-se, por simbólico, o exemplo da “tragédia da Talidomida”. O medicamento, apresentado ao mundo em 1953 como droga mágica, capaz de combater dores, gripe e insônia, ganhou mercado de forma avassaladora em diversos países ao longo da década. Em 1958 o laboratório produtor do fármaco passou a receber notificações de leigos acerca de neuropatias causadas por sua utilização, e em 1959 apareceram os primeiros reportes médicos de casos de malformação congênita, gerando o desenvolvimento incompleto de braços, pernas, mãos e pés, em crianças cujas mães haviam utilizado o medicamento durante o período gestacional. A primeira grande pesquisa realizada neste sentido foi divulgada em 1961, associando o uso da droga à malformação fetal, o que fez com que o laboratório produtor retirasse o remédio de

Quando em face de interesses sensíveis – repita-se, meio-ambiente, saúde pública, atributos da personalidade, vida humana em geral –, a ausência de certeza acerca dos perigos, tomando-se em conta o grau de conhecimento científico e técnico do momento, não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais à evitação dos danos¹⁰⁰. A essencialidade desses direitos e a irreversibilidade das lesões passíveis de lhes serem causadas recomendam a adoção de cautelas capazes de evitar o sinistro quando da simples suspeita da possibilidade de sua produção, ou seja, antes mesmo de ser possível saber se “o

mercado encerrando as atividades de sua distribuidora. No Brasil, inobstante a existência dos primeiros indícios dos efeitos adversos provocados pelo medicamento, a droga passou a ser vendida em 1958. Apesar dos estudos científicos que, ao redor do mundo, denunciavam seus perigos, bem como a notícia de sua retirada de circulação pelo próprio laboratório produtor, o fármaco apenas foi proibido e retirado do mercado por aqui em 1965, com três anos de atraso. Não tardou para que os numerosos casos de malformação congênita fossem denunciados pela mídia nacional, fruto da hesitação em, diante da dúvida científica acerca de seus reais efeitos adversos, expurgar-se oficialmente o fármaco das prateleiras. De se destacar que, ao final do mesmo ano, a droga foi novamente liberada no país, para o tratamento de Hanseníase, sem que fosse acompanhada de rigoroso controle. A ausência de medidas efetivas de precaução face ao contexto de incerteza científica no que toca aos riscos do medicamento fizeram do Brasil o único país com três gerações vítimas de sua utilização. Apenas em 1997 a droga foi submetida, mediante legislação específica, a uma efetiva política fiscalizatória. (completa análise sobre a “tragédia da Talidomida”, no Brasil e no mundo, pode ser encontrada em: MORO, Adriana; NOELA, Invernizzi. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos. **Revista história, ciências e saúde**. Rio de Janeiro, v. 24, n.3, p. 603-622, jul.-set. 2017). Caso mais recente no país, envolvendo contaminação por substância química, deflagra avanço no sentido da consagração do princípio da precaução. Trata-se de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no bojo de ação ajuizada por pessoas cujo exame de sangue acusou a presença de hexaclorobenzeno, composto químico utilizado na produção de pesticidas e associado em pesquisas científicas ao desenvolvimento de câncer. Reformando sentença de improcedência, a corte estadual concedeu aos requerentes indenização por dano moral, ainda que nenhuma doença tenha sido – até agora – desenvolvida pelas vítimas. O argumento utilizado foi o de que a mera exposição ao hexaclorobenzeno traz consigo uma ameaça que não se podia aceitar fosse concretizada, pois tem potencial de atingir de forma grave e irreversível a saúde humana (TJSP, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel. Des. Regina Capistrano, j. 04/06/09). Na mesma esteira, Teresa Ancona Lopez lembra, ainda, do caso envolvendo linhas de transmissão de energia da Eletropaulo – Eletricidade de São Paulo S.A. Tratou-se de ação civil pública ajuizada em face da concessionária, por meio da qual três sociedades de moradores intentavam, liminarmente, obstaculizar obras que implementariam novas linhas em seus bairros, sob o fundamento de que o campo eletromagnético por elas emitido traria riscos à saúde. Concedida a tutela de urgência, a Eletropaulo interpôs agravo de instrumento alegando que não havia estudos científicos que dessem certeza acerca de danos produzidos por essas linhas. Ao seu recurso foi negado provimento pois entendeu o Órgão Colegiado que “o valor da vida humana, sujeita a riscos não absolutamente eliminados por exaustão científica, é infinitamente superior aos interesses econômicos – embora legítimos – da agravante”. (TJSP, Câmara Especial do Meio Ambiente, AI nº 611.195-5/7-00, j. 30/11/06).

¹⁰⁰ O conceito de precaução que ora se traz é emprestado da redação da “Loi Barnier”, editada na França em 1995 e destinada a regular o direito ambiental francês. No original: “l’absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles”. Integra disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000551804&categorieLien=id>>. Acesso em 20/12/2019.

perigo contra o qual se luta representa uma ameaça real”¹⁰¹¹⁰². O ônus de comprovar a inocuidade da atividade empreendida deve recair sobre o agente econômico¹⁰³.

¹⁰¹ Como sublinha Keila Ferreira Pacheco, “é claro que deve estar presente uma razão sólida que desperte a suspeita do risco”. Didaticamente, explica a autora que “a prevenção se faz presente em um cenário em que os danos são provenientes de riscos comprovados, vale dizer, quando sua existência está comprovada ou é conhecida empiricamente, a ponto de, em certas situações, ser possível estimar a frequência com que ocorre [...] A precaução, a seu turno, se aplica sobre os riscos hipotéticos, que ainda não estão confirmados cientificamente, porém, sua possibilidade de existência pode ser identificada a partir de conhecimentos empíricos e científicos, como os que apresentam, por exemplo, as ondas emitidas por telefones celulares, o desenvolvimento de organismos geneticamente modificados (OGM), a nanotecnologia, entre outros. Este princípio representa uma diretiva para a proteção de interesses essenciais, como a saúde pública ou meio ambiente, que recomenda medidas capazes de impedir a realização de um risco eventual, antes mesmo de ser possível saber, com certeza cientificamente provada, que o perigo contra o qual se luta representa uma ameaça real”. (FERREIRA, Keila Pacheco, op. cit., p. 720). A ressalva de Keila Pacheco Ferreira é extremamente pertinente, porque diversos são os doutrinadores que advertem no sentido de que a enunciação de uma responsabilidade civil que possa ser suscitada a agir em face de uma mera suspeita de risco exige uma contracautela. Cass Sustein é um dos teóricos da Análise Econômica do Direito que tece duras críticas a uma tal norma, apontando ser ela “fonte de estagnação social e paralisação do progresso científico e tecnológico”. (SUSTEIN, Cass. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 13). Como replica Bruno Câmara Carrá, objeções como esta, direcionadas ao princípio em si, parecem ser *ad terrorem*, mas a reflexão acerca delas é válida para lembrar que é preciso evitar a “hipertrofia” do princípio precautório, exacerbação que pode causar os efeitos deletérios enfatizados por Sustein. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 60). Rosenvald, partilhando dessa preocupação, assevera, na mesma linha de Keila Pacheco Ferreira, que “apesar de toda a incerteza científica, a avaliação do risco não pode se basear em considerações puramente hipotéticas”, sendo necessário haver, de fato, um “caso de dúvida científica”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 123). Teresa Ancona Lopez, no mesmo sentido, afirma que na apuração do “risco do risco”, “os atores desse momento devem identificar e construir esse risco (os atores são o poder público, as empresas, a mídia, a sociedade civil, os profissionais liberais e o próprio indivíduo) com base nas estatísticas, perícias, probabilidades, pesquisas de opinião e auxílio da mídia”. (LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na era dos riscos...op. cit., p. 1226). Certo é que, sem escapar à natureza de todo princípio, a precaução exige um juízo de proporcionalidade, estando em constante rota de colisão com o direito ao desenvolvimento de uma atividade econômica. A concretude, assim, da “dúvida científica”, ou melhor, sua aptidão para fazer cessar a atividade em apreço, apenas pode ser estabelecida diante do caso concreto, em um balanceamento que leve em conta, de um lado, o conhecimento tangível que se tem acerca da probabilidade do risco e a importância do interesse que pode vir a ser afetado e, de outro, os potenciais efeitos maléficos decorrentes da paralisação da atividade, incluindo aqueles acusados por Sustein. Deve haver, em suma, uma compatibilização entre a salvaguarda de espaços sensíveis e o livre mercado, ambos direitos constitucionalmente assegurados.

¹⁰² Ainda a respeito das contracautelas, cabe a ressalva de Bruno Câmara Carrá, no sentido de que “em primeiro lugar, deverão sempre ser adotadas medidas destinadas a uma maior avaliação e conhecimento dos riscos”. Só depois disso é que medidas executórias deverão ser levadas a cabo, salvo, é claro, “se a urgência for tal que não haja tempo para isso”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 57). O mesmo autor faz menção à interessante construção de Philippe Kourilsky e Geneviève Viney acerca do tema, autores que, sob o título “dez mandamentos da precaução”, escreveram uma síntese das contracautelas a serem observadas na aplicação do princípio. Transcreve-se: “1) todo risco deve ser definido, avaliado e graduado; 2) a análise do riscos deve comparar os diferentes cenários de ação e inação; 3) todo exame dos riscos deve comportar uma análise econômica que por sua vez deve ser conduzida sob um estudo de custo/benefício (em sentido amplo) previamente à tomada da decisão; 4) as estruturas de avaliação dos riscos devem ser independentes, mas coordenadas; 5) as decisões devem ser, tanto quanto possível, revisáveis, e as soluções adotadas reversíveis e proporcionais; 6) sair da incerteza impõe uma obrigação de investigar; 7) os circuitos de decisão e os dispositivos de segurança devem ser não somente

Com essa exigência de precaução (ação diante do risco potencial), que se soma à prevenção *stricto sensu* (ação diante do risco comprovado), tem-se o sentido abrangente do princípio de que se trata neste trabalho.

Apesar de suas bases terem sido formuladas na seara do Direito Ambiental, não há, como se viu, qualquer razão para que a prevenção permaneça como princípio fundamental apenas neste campo. Ao contrário, as características da sociedade Pós-Moderna indicam a urgência, para a qualidade de vida na sociedade contemporânea, com que a lógica preventiva deve ser transposta “a todos os domínios nos quais a segurança estiver em causa ou houver risco de dano grave e sobretudo irreversível”¹⁰⁴.

Este vetor normativo, deve-se lembrar, é corolário do reclamo social por um desenvolvimento sustentável – talvez o único modelo de crescimento passível de assegurar a sobrevivência humana nos novos tempos¹⁰⁵. Bem por isso é que desponta como paradigma de todo o direito na contemporaneidade, devendo desempenhar múltiplas funções, como a de baliza à elaboração das leis, cânone interpretativo à jurisprudência, e guia de conduta à sociedade – em especial aos agentes de mercado.

Explicitada a necessidade, bem como o teor e o alcance deste princípio, cumpre, agora, abordar quais foram e quais devem ser seus impactos sobre a responsabilidade civil, debatendo a adequação do instituto à prevenção de danos.

apropriados, mas também coerentes e eficazes; 8) os circuitos de decisão e os dispositivos de segurança devem ser confiáveis; 9) as avaliações, decisões e suas consequências, assim como os dispositivos que contribuam para tanto, devem ser transparentes, o que abarca a etiquetagem e o trajeto; 10) o público deve ser informado o melhor possível e seu grau de participação nesse processo deve ser ajustado pelo poder político”. (KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. Paris : Odile Jacob, 2000, p. 56).

¹⁰³ Como sugere Rosenvald, “a necessidade de precisar um limiar do risco gerou na jurisprudência comparada uma espécie de ‘presunção de risco’, a elidir pelo operador caso queira ter sucesso em sua pretensão autorizativa dirigida à administração, vale dizer, à aceitação de uma inversão do ônus da prova a cargo de quem pretenda obter uma autorização administrativa de instalação/comercialização de atividades/produtos sobre os quais há dúvida acerca de sua inocuidade para a saúde/ambiente”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 124).

¹⁰⁴ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. Tradução de Paulo Cezar de Mello. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49-55.

¹⁰⁵ Ou seja, como lembra Bruno Câmara Carrá, o princípio da prevenção, aqui tomado em sentido amplo, é “mais que um simples *standard* jurídico”, erigindo-se em “conceito alternativo de desenvolvimento”, “filosofia prática para a vida contemporânea”. (CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 62).

2.1 UM INSTITUTO EM ADAPTAÇÃO

A responsabilidade civil, imersa em antigos dogmas, ainda reluta a se adaptar aos tempos Pós-Modernos. Deixa de nominar a sua função normativa, escondendo-a por trás de velhos significantes que de tão distorcidos já não se sabe mais seus significados.

Faz-se necessário, por isso, no tratamento da influência da exigência social de prevenção de danos sobre este instituto, esclarecer as razões de sua assimilação pela jurisprudência de forma velada, destacando os efeitos deletérios dessa prática. Em seguida, cumpre apontar os motivos que devem levar a responsabilidade civil a assumir sem constrangimentos, mas pela via legislativa, um papel ativo na antecipação de eventos lesivos, ao lado – e há quem diga que à frente – do Direito Penal e Administrativo.

O presente tópico destina-se a esse esforço hermenêutico. Para tanto, inicia-se pela abordagem dos impactos que a expressa assimilação da prevenção de danos acarretaria sobre os pressupostos deste instituto.

A mudança que se veria concretizada talvez seja a mais radical dentre aquelas sofridas pela responsabilidade civil nas últimas duas décadas.

Isso porque, tomando a prevenção como princípio nessa seara, questionar-se-ia, necessariamente, o requisito do dano, que é tido por muitos como a essência desta disciplina¹⁰⁶ – a ponto de não raro ser denominada de “Direito de Danos”¹⁰⁷¹⁰⁸. Estabelecer que a correção dos processos decisórios dos agentes econômicos é

¹⁰⁶ Nesse sentido, Bruno Câmara Carrá destaca que “a mais nova das crises da responsabilidade civil, sabendo-se que elas não foram poucas, é possivelmente a mais difícil delas [...] não havendo mais o que adaptar, posto já ter-se retirado a culpa de sua essência e ainda ter-se feito a introdução de danos – materiais e imateriais – cada vez mais amplos, vem-se propor a existência de uma responsabilidade civil sem a presença do elemento que constitui sua *ratio essendi*: o dano”. (CÂMARA, CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 63).

¹⁰⁷ Rodrigo Xavier Leonardo, após observar que atualmente “nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o responsável pelo dano”, ressalta que o prejuízo foi o que restou infenso às mudanças do instituto desde a Modernidade, de sorte que “melhor referir-se a essa disciplina, hoje, como um Direito de Danos”. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 396-397).

¹⁰⁸ O doutrinador argentino Sebastián Picasso destaca que a denominação “derecho de daños” é largamente empregada pelos autores de língua hispânica. O questionamento que fez modificar a denominação da disciplina teria sido, segundo ele, o seguinte: “debemos continuar hablando de ‘responsabilidad civil’, o cabe más bien pensar que esta última está exclusivamente restringida a una función concreta (la reparación del perjuicio), lo que debería llevar – para abarcar a las restantes

também objetivo do Direito Civil significaria admitir uma responsabilização face à mera conduta ilícita, recaindo uma punição sobre um comportamento que culposamente gerasse riscos de danos graves e irreversíveis a interesses sensíveis. Isto é, implicaria aceitar um sancionamento ainda que não verificado o dano, ou melhor, justamente no intuito de que o dano não viesse a se concretizar ou se repetir¹⁰⁹.

Dessa considerável transformação que se teria no conceito tradicional de responsabilidade civil – atualmente reduzido à obrigação de reparar –, nascem as ressalvas que explicam a inércia legislativa e a utilização de forma velada, pela jurisprudência civilista, do instrumental dissuasório.

As críticas que usualmente são formuladas em face dessa possível modificação nos pressupostos que acionam o instituto caso formalmente assimilado

finalidades – a hablar más bien de 'derecho de daños'? “. (PICASSO, Sebastián. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. In: **Revista de Comunicación y Salud**, Madrid, volume IV, p. 1, 2015).

¹⁰⁹ Como lembra Rosenvald, a sanção punitiva, meio de que se deve lançar mão para atingir o efeito preventivo na esfera cível, “mira a contenção de comportamentos”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 69). Por isso, como enfatiza a professora Quebecoise Mélanie Samson, é indispensável que se reconheça, como se faz diante da tutela inibitória, que a condição que dispara a responsabilidade civil preventiva é outra – o ilícito –, diferente daquela que aciona o dever de indenizar – o dano. (SAMSON, Mélanie. Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et...révolution ? In : **Revue de Droit de L'université de Sherbrooke**, v. 42, p. 159-201, jan/dez. 2012). CiryI Sintez, analisando dispositivo do Código Civil do Quebec que consagra uma pena civil, lembra que “son caractère préventif est reconnu précisément parce qu'il n'est pas exigé la preuve de la réalisation d'un dommage. Toutes les injonctions sont tournées vers l'avenir, en ce sens qu'elles cherchent à prévenir ou à éviter un préjudice plutôt qu'à indemniser un dommage déjà subi' [...] la peine privée trouve sa raison d'être en dehors du préjudice, dans l'existence d'une faute ». (SINTEZ, CiryI. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de docteur en droit. Montreal, dez. 2009, p. 48). De se enfatizar que em razão da confusão historicamente realizada em nosso direito – inclusive no ordenamento positivo brasileiro, a ex. do art. 186 do CC – acerca dos requisitos para se inibir um comportamento em relação aqueles exigidos classicamente para a imposição do dever de reparar, o legislador, quando da edição do Novo Código de Processo Civil, com muito acerto, se precavendo desse equívoco, consagrou o parágrafo único do art. 497, que tem a seguinte redação: “Para concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano [...]”. A mesma técnica legislativa há de ser adotada caso decida-se pela consagração da responsabilidade civil preventiva. Nessa esteira conclui também Glenda Gonçalves Gondim, ao enfatizar que “o objetivo não é o resultado, mas sim o comportamento antijurídico”. Assim, anota a autora, que apenas reconhecendo-se o ilícito, e não o dano, como seu pressuposto, é que torna-se “possível a estrutura da prevenção”. Glenda Gonçalves Gondim, com apoio na doutrina de Rosenvald, complementa, ainda, asseverando que “em razão da preocupação com a pessoa, a pretensão preventiva deve retornar ao olhar deste instituto, para construir uma responsabilidade que não tenha a mera pretensão de ressarcir o dano, mas sim de proteger a vítima e com isso, ‘a norma assumirá expressamente que não o dano, mas o simples perigo de dano será suficiente para ativar o remédio’ “. (GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais apresentada junto Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 145).

o princípio da prevenção podem ser dessa forma resumidas: a) assumir o controle de comportamentos como papel do Direito Civil seria invadir a seara penal, contaminando o Direito Privado com o instrumental punitivo, na contramão de uma longa evolução histórica que separou as duas esferas e culminou na máxima de que ao Direito Penal cumpre prevenir e ao Direito Civil cabe reparar; b) ainda que a crítica anterior fosse superada no plano prático, não se estaria a tratar de responsabilidade civil, mas de algum outro instituto, porquanto aquele tem como finalidade a reparação e não é acionado se não em presença de um dano; c) reintroduzir a culpa no âmbito da responsabilidade civil seria retroceder nos avanços que, à luz do princípio de garantia da vítima, viram-se concretizados nas últimas duas décadas; d) somente seria possível responsabilizar alguém diante da mera conduta ilícita por meio de expressa e anterior previsão legal, já que se trata de uma pena. Ademais, haveria necessidade de alterar o texto do Código Civil, que atrela a responsabilidade ao requisito do dano e prevê apenas a obrigação de indenizar como sua resposta¹¹⁰.

Essas firmes objeções, sobretudo a subsistente ressalva acerca da ausência de previsão legal, representam uma dificuldade que leva os julgadores a, traduzindo os reclamos sociais por uma prevenção de danos, punir a encoberto.

O manejo que o Superior Tribunal de Justiça faz do instituto do dano moral bem denota sua utilização para fins outros (retributivos ou preventivos) que não aqueles para os quais tal se vê consagrado (trata-se, eminentemente, de instituto destinado a compensação de danos). Ao mesmo tempo, quando questionado expressamente a respeito de uma função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil por dano moral, o STJ a nega, afirmando seu caráter puramente compensatório.

Dessa forma, a Corte torna mais árdua a análise crítica de suas decisões a respeito, restando pouco visível a relevante discussão acerca das ditas fronteiras entre Direito Civil e Direito Penal e da submissão da punição civil ao princípio da legalidade.

A pormenorizada análise de dois julgados do STJ sobre o dano moral permite confirmar essa perspectiva.

¹¹⁰ Todas essas críticas serão especificadas mais adiante, quando se fará menção também aos autores que as sustentam.

Inicia-se pelo REsp 210.101/PR, de lavra do Desembargador convocado Carlos Fernando Mathias¹¹¹.

Naquilo que importa, tratou-se de recurso especial interposto pela viúva e filhas da vítima que perdeu a vida após ser atropelada pelo réu, já condenado criminalmente, que era empregado da *corré*, uma empresa de grande porte. Por meio do apelo extraordinário, buscavam que fosse majorada a verba indenizatória fixada pelo *tribunal a quo* em 10 (dez) salários mínimos para cada autora.

Em suas razões de decidir, o Ilmo. Ministro Relator, preliminarmente, apontou tratar-se o montante em questão não propriamente de um ressarcimento, como se realiza diante de um dano material, mas de uma compensação, dado se estar face a um atentado à pessoa, não passível de ser avaliado em pecúnia.

Mais a frente, afirmou que os fatores a serem tomados em conta para balizar a fixação da indenização deveriam ser tais que pudessem proporcionar “de um lado a expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima”.

Em seguida, destacou que, diante da dificuldade de quantificar objetivamente o dano moral, é usual pleitear a fixação de uma indenização punitiva, tendo por escopo desestimular o ofensor e outros atores sociais da repetição da conduta ilícita. O relator, no entanto, disse refutar essa possibilidade, sublinhando que ela encontraria óbice no ordenamento positivado, principalmente diante da vedação legal ao enriquecimento sem causa.

Estabelecidas suas premissas e passando ao caso concreto, o Ministro Relator, no que foi acompanhado por seus pares, entendeu ínfimo o valor fixado pelo *juízo a quo*. Argumentou, para justificar o aumento da verba, que da leitura da sentença penal condenatória visualizava-se que o homicídio ocorreu pelo fato de que o primeiro réu estava transitando de forma gravemente imprudente – em alta velocidade, no acostamento da rodovia – quando acertou a vítima.

Dessa forma, com fulcro no alto grau de reprovabilidade da conduta do ofensor e no fato de que ele estava desempenhando uma atividade econômica a cargo da empresa ré – financeiramente abastada –, majorou-se a indenização para R\$ 100.000,00 (cem mil reais) destinados a cada autora.

¹¹¹ REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008.

O que se tem, nessas razões de decidir, é uma nítida confusão entre as funções da responsabilidade civil extrapatrimonial, simbólica do que se vê a respeito em toda a jurisprudência pátria.

Ao se aumentar o montante “compensatório” com base na intensidade da culpa do delinquente, tão somente de compensação já não se trata, ainda que se conserve o *nomen juris*. O que se tem é também uma punição sob o manto da reparação de danos.

Outra decisão expressiva do que se está a tratar foi aquela proferida no REsp 1.354.536/SE, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão¹¹².

Cuidou-se de uma ação de indenização por danos materiais e morais intentada por uma pescadora que se viu, por longo período, impossibilitada de exercer seu ofício, em virtude de uma subsidiária da Petrobrás ter deixado vaziar quarenta e três mil litros de amônia nas águas do Rio Sergipe.

Naquilo que importa, cumpre destacar que, em primeiro grau, foi fixada em favor da autora indenização por danos morais no valor de R\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais). Por sua vez, a Corte Estadual reduziu o montante para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Contra essa decisão, tanto a autora quanto a empresa ré interpuseram recurso especial, buscando, respectivamente, majorar e minorar a verba indenizatória. Em suas razões de decidir, o Ministro Relator destacou, preliminarmente, que:

Os critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau da proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado.

Em seguida, sublinhou que:

A função punitiva cabe ao Direito Penal e administrativo [...] não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos, haja vista que a responsabilidade por dano ambiental prescinde de culpa e que revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o bis in idem (pois,

¹¹² REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014.

como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

Não obstante refutar expressamente uma punição no âmbito da responsabilidade civil por dano existencial, o STJ, por meio do ministro relator, destacou, mais a frente, que na “fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa do ofensor [...]”.

Com fulcro nessas considerações, reputou que os R\$ 3.000,00 (três mil reais) fixados pelo *juízo a quo* seriam adequados à compensação da vítima, de forma que majorar a verba indenizatória seria punir o infrator. De outro lado, consignou que não haveria espaço para minorar a indenização, porque reprovável a conduta da empresa ré, que deixou de prestar qualquer auxílio a pescadora durante o tempo em que esta se viu privada do desempenho de sua atividade laboral¹¹³.

Desse modo, inobstante o exposto rechaço de uma função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, a Corte Superior acabou por adotar critérios de fixação do montante “compensatório” que escapam à esfera da vítima e seu dano, dizendo respeito à conduta [reprovável] do ofensor e à necessidade de uma resposta por parte da sociedade. Mais uma vez, a punição civil teve lugar sob a denominação de compensação de danos.

Ao contrário do que se poderia pensar, não se têm, nessas duas decisões, julgados isolados. É recorrente, no âmbito da jurisprudência da Corte de Uniformização, o entendimento segundo o qual o montante da indenização do dano moral, além de levar em conta a extensão da lesão (critério compensatório), deve ser proporcional ao grau de culpa do ofensor (critério retributivo ou preventivo).

A título de exemplo, tem-se, no REsp 259.816/RJ, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira¹¹⁴, uma aludida orientação seguida pelo STJ na temática. Tal julgado foi citado em 255 decisões monocráticas e 5 acórdãos que, no âmbito desta corte, versaram acerca da quantificação do dano moral. O Ministro Marco Buzzi, realizando uma precisa síntese do que restou decidido neste aresto, expôs que:

¹¹³ Nas palavras do ministro relator, a “situação [da autora] foi severamente agravada pelo desamparo a que foi exposta pela ré causadora do dano”.

¹¹⁴ REsp 259.816/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 27/11/2000, p. 171.

Não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para a quantificação do dano moral, esta Corte Superior tem reiteradamente se pronunciado no sentido de que a indenização deve ser suficiente a restaurar o bem estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido. Ademais, **o arbitramento do valor da compensação por danos morais deve ser realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa**, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (grifo meu) ¹¹⁵.

A repetição deste pronunciamento, por meio de mais de duas centenas de decisões proferidas pelo STJ, bem deflagra que a “compensação” dos danos morais se encontra impregnada, em nossa prática jurídica, de considerações acerca do desvalor do comportamento do transgressor. No entanto, a Corte não expressa uma função preventiva autônoma, adotando outros caminhos para a concretização do escopo de dissuasão^{116 117}.

¹¹⁵ AREsp 595.676/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, 30/04/2015.

¹¹⁶ Como leciona Daniel de Andrade Levy, “não raro, observam-se julgados que afirmam a inexistência, no ordenamento brasileiro, de qualquer disposição legal que autorize uma indenização punitiva, embora confessem que há controvérsias acerca do caráter punitivo dos danos morais”. Isso leva o autor a falar em uma “espécie bizarra de indenização, que embora não seja reconhecida formalmente como punitiva, reflete critérios que obram nessa direção”, redundando, ao ver do autor, em uma absoluta “esquizofrenia” do judiciário brasileiro acerca da(s) finalidade(s) da responsabilidade civil extrapatrimonial. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 79). No mesmo sentido, Flávio Higa lembra que o Superior Tribunal de Justiça, chamado a decidir, no REsp 410.347/SC, acerca de se a indenização dos danos morais seria tributável, afirmou negativamente, apoiando-se no argumento no sentido de que não se trata de acréscimo patrimonial, mas verba destinada à “mera compensação do bem lesado”. Isso entra em flagrante contradição, destaca o autor, com elementos de quantificação que, adotados pela Corte, guardam relação com o causador do dano e sua culpa. Para Flávio Higa, essa prática resulta “em um discurso bipolar, que declara o caráter aflitivo no momento de indenizar, mas promove a sua ablação para não tributar”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 238-239).

¹¹⁷ Tal operação é mais exacerbada diante do dano moral coletivo, conceito que goza de ainda maior abstração em relação ao de dano moral individual. Diante daquela categoria, a própria caracterização do instituto é feita a partir de elementos que estão calcados, substancialmente, no desvalor da conduta do ofensor, e na reprovação ética que o comportamento desperta na sociedade, atingindo seus valores comuns. Como bem enfatiza Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, “o seu conceito [de dano moral coletivo], trazido pela doutrina, e acolhido pela jurisprudência, aponta muito mais para um sentido de algo vinculado a uma moralidade pública do que, propriamente, centrado na reparação de danos reais”. O autor traz, a título de exemplo, a definição de Carlos Alberto Bittar Filho, multicitada por decisões no âmbito do STJ. Veja-se: “o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredida de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo responsabilidade o agente pelo simples fato da violação”. (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no**

O que tal exercício denota é o absoluto descompasso entre o conceito tradicional do instituto, ainda em vigor na dogmática, e a exigência social de prevenção de danos. Uma “tensão dialética entre teoria e realidade, gerando uma crise”¹¹⁸, a que o judiciário, diante do conservadorismo doutrinário e da inércia legislativa, dá uma resposta de forma um tanto camuflada¹¹⁹.

Esse embate não é exclusividade do Direito pátrio, mas algo comum a grande parte dos países de matriz civilista, onde vige o dogma da reparação integral, expresso na máxima francesa “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”¹²⁰.

Na França, os irmãos Mazeaud, com uma boa dose de ironia, há muito anotavam que, diante de seu poder soberano para quantificar o dano moral, os juízes afirmavam a reparação integral apenas para melhor violá-la, dada a disseminada prática de “inflar ou reduzir a indenização segundo a gravidade da

atual	contexto	jurídico	brasileiro.	Disponível	em:
http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-1PB.pdf .				Acesso	em
10/02/2020). Pianovski Ruzyk lembra, nesse sentido, o REsp 1.726.270/BA, que julgado recentemente pelo Tribunal da Cidadania, acolhe tal definição, e deixa bastante evidente intrínseca vinculação do instituto com a punição do ofensor. Observe-se: “o dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva”. (REsp 1726270/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 07/02/2019). Observa Pianovski Ruzyk, com apoio na doutrina de Rosenvald, que há mesmo uma “impossibilidade do dano moral coletivo sob o ponto de vista filosófico, haja vista tomar como destinatário de um dano não a pessoa concreta dotada de dignidade, mas uma abstração coletiva”, a deflagrar ter sido instituto concebido com a única – porém não confessada – finalidade de sanção ao comportamento ilícito, atraindo as devidas críticas por parte do autor. (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. As fronteiras da responsabilidade civil e o princípio da liberdade . Artigo ainda no prelo).					

¹¹⁸ CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 40.

¹¹⁹ Pune-se às escondidas para escapar da franca discussão acerca da dita invasão da esfera penal e da submissão da pena civil ao princípio da legalidade. Como destaca Flávio Higa, “nesse contexto, a forma prevalece em detrimento do conteúdo, e a indenização por dano moral serve apenas de fachada para esconder a punição aplicada”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 173). Daniel de Andrade Levy afirma que, dessa forma “a Responsabilidade Civil insiste em não confessar um caráter punitivo e preventivo que, ironicamente, aparece no horizonte futuro como talvez a sua única verdadeira missão”. Para o autor, toda a insegurança que gira em torno das funções da responsabilidade civil hoje deriva do fato de “não se querer admitir, no Brasil e na maior parte dos outros países de cultura romano-germânica, a evolução do instituto”, com o respectivo abandono da estrita lógica reparatória. Ao seu ver, sob os pudores do tradicionalismo, “cria-se um corpo estranho e deformado ao se insistir em justificar atitudes punitivo-preventivas por meio da simples reparação do dano moral, verdadeira válvula de escape”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 4-5). Na mesma linha, Pierre Pratte destaca que “il y a toujours un risque à énoncer des idées qui entrent en conflit avec une certaine tradition doctrinale et jurisprudentielle ». Parece ser esse um risco que os juízes não querem correr. (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 578)

¹²⁰ Sublinha Daniel de Andrade Levy que, “no entanto, a função punitiva que a reparação do dano moral tem assumido hoje começa a desafiar esse dogma. A insistência em tentar impedir um movimento que parece natural (*rectius*, social) é que tem distorcido institutos e categorias da Responsabilidade Civil atual”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 42).

conduta ilícita”¹²¹. E assim continua a observar a doutrina francesa contemporânea, com Suzanne Carval a destacar que “os juízes têm frequentemente a tendência, na presença de atentados inqualificáveis às prerrogativas essenciais da pessoa, a aumentar o montante das compensações no evidente intuito de punir os autores desses comportamentos”¹²². Este fenômeno se repete na Alemanha, Itália¹²³ e Portugal¹²⁴.

Por mais bem-intencionado que esteja o julgador, por mais louvável que seja sua tentativa de, à margem do texto legal, aproximar o Direito da praça da vida

¹²¹ “Le principe est certain. Et pourtant les juges ne l’affirment bien souvent que pour mieux le violer [...] sous couleur d’évaluer le préjudice, ils ont tendance à le gonfler ou le restreindre suivant la gravité de la faute”. (MAZEAUD, Henri; TUNC, André; MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**: delictuelle et contractuelle. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, p. 499).

¹²² (CARVAL, Suzanne. La responsabilité civile...op. cit., p. 24). Essa circunstância também é anotada por Johan Prorok, que, escrevendo ao final de 2018, destaca a existência “de la pratique insidieuse par le juge de la peine privée sous couvert du principe de la réparation integrale”. (PROROK, Johan. L’amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. In : **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, p. 327, out./dez, 2018). No mesmo sentido afirma Geneviève Viney, sublinhando que, apesar de a jurisprudência francesa estar “por via indireta, se valendo de aberturas laterais para excepcionar o caráter puramente ressarcitório da reparação do ato ilícito”, recusa-se a reconhecer expressamente a existência de uma função punitiva da responsabilidade civil. (VINEY, Geneviève. La responsabilité: effets. In. **Traité de Droit Civil**, Paris: LGDJ, n.6, p. 9-15). De se destacar que, no entanto, com a reforma legal do direito da responsabilidade civil francês, está-se na iminência da consagração de um novo art. 1266 do Code Napoleon, por meio do qual, ao que tudo indica, se afirmará uma indenização punitiva autônoma, com o benefício, ressaltado por Aurélie Ballot-Léna, de “mettre un terme à une jurisprudence qui a parfois tendance à détourner les dommages-intérêts de leurs fonction réparatrice, pour leur affecter une fonction punitive ». (BALLOT-LÉNA, Aurélie. **Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé** : l’amende civile consacrée. In : Blog Réforme du droit des obligations. Disponível em <<http://reforme-obligations.dalloz.fr/2016/08/17/le-caractere-punitif-de-la-responsabilite-civile-affirme-lamende-civile-consacree-1-partie-art-1266/>>. Acesso em 03/08/2019).

¹²³ Na audiência pública que teve lugar no Senado francês para discutir o anteprojeto de reforma da responsabilidade civil francesa, Suzanne Carval foi convidada a apresentar um panorama da função preventiva da responsabilidade civil nos países de tradição romano-germânica. Acerca da jurisprudência Alemã e Italiana asseverou que “les tribunaux allemands et italiens refusaient d’ailleurs l’exequatur des jugements américains condamnant l’auteur de dommages à des dommages et intérêts punitifs. En revanche, ces juridictions ont tendance à alourdir le montant de l’indemnité destinée à réparer le dommage moral subi par la victime, ce qui constitue un moyen indirect de sanctionner l’auteur du dommage à raison de la gravité de sa conduite”. (Relatório disponível em <<https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55823.html>> acesso em 27/03/2016). Também Bernd-Rüdiger Kern, autor alemão defensor da função preventiva da responsabilidade civil por dano moral, há muito já criticava o fato de o Superior Tribunal de Justiça (BGH) aplicar, claramente, uma punição no interno do montante compensatório, mas não colocá-la às claras, o que, se feito, poderia servir para “delimitá-la em sua aplicação”. (KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? **Revista da faculdade de direito da UFRGS**. v.17, p. 46, 1999).

¹²⁴ Em Portugal, Paula Meira Lourenço aponta que “[...] por vezes as indemnizações sobem o seu valor, não tanto porque atendem aos prejuízos dos lesados [...] mas porque o comportamento do agente, nomeadamente a sua culpa, é ponderada pelo julgador [...] Se assim acontece, melhor será reafirmar a autonomia dos danos punitivos, e a sua função preventivo-punitiva, em vez de serem impostos a coberto da compensação dos danos morais sofridos pelo lesado, padecendo, assim, das limitações suprarreferidas”. (LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLIII, No. 2. Lisboa: Coimbra Editora, p. 1104-1105, 2002).

material, o costume de punir civilmente por meio desse subterfúgio merece críticas, que levam também à conclusão de que a via legislativa é mesmo a mais adequada.

Essas objeções são de duas ordens: a) ao pretender compensar adequadamente a vítima e punir pragmaticamente o ofensor por meio de um mesmo montante pecuniário, corre-se o risco de não bem fazer nem um nem outro; b) quando a pena é aplicada sob o véu da compensação de danos, sem que se estabeleça previamente seus pressupostos e critérios de quantificação, perde-se em segurança jurídica, violam-se garantias fundamentais, e experimenta-se um déficit de eficácia.

Quanto a primeira crítica, Pontes de Miranda, há muito repreendendo severamente o aludido caráter punitivo da compensação do dano moral, lembra que “o juiz que condena à reparação não pune; pode punir e condenar à reparação. Mas, mesmo então, as sanções são diferentes em conteúdo”¹²⁵.

É justo esse conteúdo muito diverso, em que a sanção compensatória tem foco sobre o dano e busca tutelar o interesse da vítima, enquanto a sanção punitiva tem atenção sobre o ofensor e busca tutelar o interesse social, que indica que ao invés de “tentar conciliar o inconciliável”, melhor seria que tais finalidades tão distintas dessem origem a montantes separados, atendendo, em sua fixação e quantificação, a princípios próprios – garantia da vítima e prevenção, respectivamente. Do contrário, corre-se o risco de que a lógica de uma finalidade torne injusta ou inalcançável a lógica da outra¹²⁶.

¹²⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil**. t. 22. São Paulo: Borsoi, 1968, p. 183.

¹²⁶ No escólio de Daniel de Andrade Levy, este cenário resulta “no necessário questionamento da possibilidade de existência de uma lógica jurídica única para reger toda a disciplina. Difícil, praticamente impossível, concebê-la. Seja pela diferença de enfoques, seja pela distinção dos seus objetivos, a insistência em uma responsabilidade civil unitária parece distanciar-se da realidade prática do cotidiano forense e dificultar a vida de magistrados e cidadãos. Não é mais possível prestigiar a perspectiva da vítima, sem prejudicar o autor, assim como se tornou impossível preferir a perspectiva do autor, sem prejudicar a vítima [...] dois sistemas que parecem confundir-se e misturar-se no interior de uma mesma disciplina jurídica [...] esse ramo do direito atua, hoje, como verdadeira balança de duas medidas completamente diversas: aquela da vítima e aquela do ofensor [...] qualquer tentativa de reconstrução unitária da responsabilidade civil será fadada ao fracasso”. Assim, o autor propõe a divisão do instituto em duas funções, de um lado, soluções “voltadas exclusivamente para o agente ofensor”, de outro, “os novos mecanismos de indenização, voltados exclusivamente para a vítima [...] seja para melhor conceber a função punitivo-preventiva, seja para dar maior coerência lógica à reparação”. (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil*...op. cit., p. 217-220). No mesmo sentido conclui Flávio Higa, arrematando que “sem uma cisão clara entre as figuras, nenhuma das tarefas enunciadas pode ser adequadamente realizada”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 269).

Quanto a segunda crítica, é de se ressaltar que a punição civil não pode ser aplicada indistintamente, sob pena de se banalizar o instituto e consagrar abusos.

Seus pressupostos e critérios de quantificação são naturalmente diversos daqueles que disparam a função compensatória – pois distintas são as finalidades –, de sorte que, ao punir às escondidas, acaba-se por gerar uma “absurda insegurança jurídica”¹²⁷. De antemão, é eliminada a possibilidade de realizar um controle da motivação da punição e de seu *quantum*, gerando verdadeiro arbítrio judicial, que pode causar prejuízos ao ofensor e à sociedade.

Ao ofensor porque, sem saber, não está simplesmente retornando o ofendido ao *status quo ante*, mas experimentando também diminuição patrimonial em razão da violação do preceito legal¹²⁸. Seu direito de propriedade e liberdade econômica são, assim, afetados, sem que lhe seja dado conhecer previamente a reação negativa cominada pela norma – que, neste caso, inexiste. Viola-se, dessa forma, a legalidade, que, como será minudenciado adiante, deve incidir sobre toda sanção de substância preventiva primária. Além disso, como sequer lhe são acessíveis os pressupostos de sua punição e os critérios de quantificação da parcela punitiva, é violado também o seu direito ao devido processo legal.

A sociedade, de forma semelhante, também pode se ver prejudicada. Isso porque, ao se confundir função compensatória e função preventiva, a coletividade não tem qualquer segurança de que quando estiverem presentes os pressupostos que devem disparar a punição¹²⁹, punição haverá, nem de que ela será orientada pragmaticamente para cumprir seu desígnio de prevenção de danos¹³⁰.

¹²⁷ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 79.

¹²⁸ Como enfatiza Daniel de Andrade Levy, “os réus têm tido dificuldade em saber se estão sendo condenados por um suposto dano moral, se estão sendo punidos ou bem ambos”. Dessa forma, “apenas um esforço de separação e discriminação dessas verbas permitirá delinear a conduta do agente ofensor e sua responsabilidade, com a vantagem para o próprio réu de poder exercer seu direito de defesa hoje suprimido, bem como de ajustar seu comportamento, sabendo que sua atuação foi passível de uma reprovação pública e em que proporção o foi”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 211 e 230).

¹²⁹ Disso se tratará adiante, no capítulo 3 deste trabalho.

¹³⁰ Com precisão, Flávio Higa resume essas circunstâncias em didática passagem: “Para os cidadãos, entretanto, o risco de arbitrariedades é imenso, já que basta aos magistrados evitar alusões ao princípio da reparação integral para escapar da anulação da sentença e reprimir o réu de forma dissimulada, de acordo com os seus recônditos desejos. Esse modelo pernicioso corrompe as bases do devido processo legal, porque obsta a legitimação de métodos racionais de punição civil por meios oficiais, que sejam eficazes à preservação dos interesses que a sociedade pretenda resguardar, ao mesmo tempo que forneçam as necessárias garantias processuais. Em nome de um princípio que se tornou puramente teórico em alguns domínios, os réus são colocados numa situação kafkiana, na qual não lhes é dado saber se, quando e em que medida foram castigados pela decisão”. (HIGA,

Quanto a esta última ressalva, cumpre destacar, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, que sem a possibilidade de controle da motivação das decisões judiciais no que toca à parcela punitiva, assume-se o perigo de cancelar a sanção pela simples sanção. É dizer, corre-se o risco de acolher uma prática de punir sob um critério muito mais voltado ao passado que ao futuro, de retribuir o mal com o mal, de exprimir o ódio social ao lesante, de reprimir o ofensor sem qualquer substrato teórico racional compatível com a tábua axiológica constitucional¹³¹.

Em suma, a punição, quando não se fixa para ela um objetivo racional e não incide controle sobre o pronunciamento jurisdicional que a aplica, “corre solta”, não necessariamente possuindo a desejada significação preventiva¹³².

Por fim, fácil perceber que se o agente econômico ofensor sequer sabe que está sendo punido e quanto daquele prejuízo que experimentou foi fruto de uma punição e não de mera compensação de danos, então o mecanismo não terá poder de dissuasão, porque a ameaça, como destaca Thais Venturi, será “invisível”. Em outras palavras, é indispensável que os empreendedores saibam que sua conduta

Flávio da Costa, op. cit., p. 174). O autor conclui que há, então, uma “existência promíscua dos *punitive damages*” no direito civil brasileiro, “que utiliza a maleabilidade dos danos morais para oscilar tal qual um pêndulo entre a compensação e a pena privada, arbitrando as condenações sem uma preocupação palpável de racionalizar as práticas repressivas”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 231).

¹³¹ (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 261). Em raciocínio semelhante, enfatiza Diogo Naves Mendonça que “muito embora pretenda atribuir à indenização por danos extrapatrimoniais um atributo de dissuasão (o que é elogiável do ponto de vista de uma análise econômica da responsabilidade civil), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não assimilou qualquer instrumento capaz de viabilizar e controlar a realização da função dissuasória ou, como insistem os julgados daquele tribunal, da função de desestímulo dos danos extrapatrimoniais. O recurso às noções de razoabilidade, bom-senso e, também de modo vago, à impossibilidade de enriquecimento sem causa pela vítima é nítido sinal de que o desestímulo, quando consegue superar um discurso meramente retórico mecanicamente reproduzido nas decisões do tribunal, acaba fundado em elementos de intuição do julgador”. (MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 106). Para Daniel de Andrade Levy, caberá ao princípio da prevenção “responder a essa carência metodológica, permitindo que de desenhem com muito mais precisão e uniformidade os critérios para a punição do agente”. Sem o controle do caráter racional da prevenção, enfatiza o autor que há “sério risco de que o caráter emotivo típico da repreensão moral” seja a base das decisões. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 123). Por fim, Pierre Pratte, com especial precisão, afirma que “à la question ‘pourquoi imposer une peine?’, le rétributiviste répondra ‘parce que le débiteur le mérite’, tandis que l’utilitariste dira ‘parce que c’est utile’ », sendo que apenas essa última resposta encontra amparo na Constituição do Québec. O mesmo pode-se afirmar em relação à Constituição brasileira. (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 453).

¹³² Como adverte Pierre Pratte, “il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et choix arbitraire. Pour éviter ce dernier, l'imposition de dommages punitifs doit servir un objectif précis et être rationnellement en mesure d'atteindre cette objectif ». (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 451).

maliciosa ou gravemente negligente está submetida a uma punição. Do contrário, não a perceberão como tal e, assim, não ajustarão seu comportamento¹³³.

Em resumo, essa tendência jurisprudencial, inobstante abrir as janelas do direito para os ventos que trazem consigo a exigência social de prevenção de danos, precisa ser clarificada, racionalizada e, sobretudo, erigir-se em objeto de consagração legal¹³⁴.

No desiderato de fomentar este debate e impulsionar uma proposição legislativa neste sentido, faz-se necessário demonstrar que a assimilação desse princípio pela responsabilidade civil pátria é adequada aos valores fundamentais do Direito brasileiro¹³⁵.

Para tanto, cumpre enfrentar as críticas já mencionadas, evidenciando que, salvo aquela referente à necessidade de consagração legal, as objeções dirigidas à uma “responsabilidade civil sem dano” não subsistem a uma análise que tenha como norte a funcionalização do instituto à concretização da dignidade humana.

¹³³ No escólio de Thaís Venturi, “ao se confundir a função punitiva e a função compensatória numa mesma e única condenação, por consequência, gera-se uma insatisfatória reparação dos danos assim como também uma insuficiente ou mesmo ‘invisível’ punição/prevenção de comportamentos lesivos”. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A função punitivo-pedagógica da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Dissertação de mestrado em Direito nas relações sociais apresentada junto à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 211). Na mesma linha destaca Daniel de Andrade Levy, asseverando que “é essencial, em uma responsabilidade disciplinar, que o causador do dano saiba com precisão qual conduta foi considerada ilícita e de que forma a indenização punitiva reflete as medidas de prevenção a serem por ele tomadas para evitar a recorrência daquele ato. O conhecimento exato da condenação é ainda mais importante no contexto de uma missão preventiva, em que se espera que o agente ofensor adapte sua conduta ou comportamento para evitar o dano no futuro”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 231). Assim também ensina Pierre Pratte, para quem “le message préventif passera sans doute mieux s’il n’est pas fusionné avec un aspect indemnitaire ». (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 544).

¹³⁴ Na síntese de Daniel de Andrade Levy, “o caráter de ‘desestímulo’ da compensação moral, entre nós, tem incorporado um papel preventivo sem grandes bases teóricas, mas que já demonstra como a responsabilidade civil tornou-se instrumento de predileção na disciplina de condutas [...] a insistência dogmática em querer impedir o desenvolvimento natural dessas duas frentes [reparação da vítima e prevenção de danos], tentando martelá-las dentro de um mesmo corpo dogmático, é que tem causado o inquestionável sentimento de insegurança daquele que entra no pantanoso terreno da demanda indenizatória”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 167 e 252-253).

¹³⁵ Como destaca Daniel de Andrade Levy, somente este “reconhecimento poderá ensejar o debate necessário à formação de um projeto legislativo sério, pressuposto essencial de uma função que já vem sendo exercida há tempos por detrás dessas máscaras”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 90).

2.2 O ORDENAMENTO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO: A INEXISTÊNCIA DE SEPARAÇÃO HERMÉTICA ENTRE RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL

Para o início deste exercício, transcreve-se a primeira crítica a ser examinada: “a) assumir o controle de comportamentos como papel do Direito Civil seria invadir a seara penal, contaminando o Direito Privado com o instrumental punitivo, na contramão de uma longa evolução histórica que separou as duas esferas e culminou na máxima de que ao Direito Penal cumpre prevenir e ao Direito Civil cabe reparar”.

Trata-se de uma objeção quase automática que se opõe a este intento. A alusão a uma límpida distinção entre responsabilidade penal e civil, em que a disciplina e aplicação da punição ficariam adstritas ao ramo do Direito Público, é bastante disseminada.

Nesse sentido, a doutrina majoritária explica que haveria uma cisão estanque entre as disciplinas, motivada pelo fato de que a responsabilidade penal põe-se a resguardar interesses sociais, e por isso deve buscar reforçar a exigibilidade da norma, o que faz à iniciativa do Estado e por meio da punição. A responsabilidade civil, por sua vez, destina-se a tutelar interesses meramente privados, e por isso cumpre tão somente agir sobre as consequências danosas, o que faz à iniciativa do particular e por meio da reparação de danos.

É o que, a título de exemplo, afirmam Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze:

Enquanto o ilícito penal acarreta uma violação da ordem jurídica, quer por sua gravidade ou intensidade, a única sanção adequada é a imposição da pena, no ilícito civil, por ser menor a extensão da perturbação social, são suficientes as sanções civis¹³⁶.

Também assim leciona Maria Helena Diniz:

Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social [...] acarretando a submissão pessoal do agente à pena [...] a responsabilidade

¹³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil**. 6.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

civil, por ser repercussão do dano privado [...] tende apenas à reparação, por vir principalmente em socorro da vítima e de seu interesse¹³⁷.

Na mesma toada vai Humberto Theodoro Júnior:

Para aplicar a pena legalmente instituída em defesa da sociedade, pouco importa que a transgressão do preceito ‘tenha ou não causado prejuízo ao particular’. É a sociedade que reage; ela não se preocupa com os danos individuais da vítima. Completamente diversa é a responsabilidade civil, que pressupõe não mais um prejuízo social, mas um dano privado [...] E o particular ‘não pode mais punir, somente a sociedade tem esse direito’¹³⁸.

É crucial sublinhar que esta forma de enxergar a divisão entre responsabilidade civil e penal não é nova, mas há muito se vê assentada na dogmática, remontando ao ideário da modernidade.

Foi ao tempo das revoluções liberais que se proclamou a “libertação” do Direito Civil da “barbárie” do instrumental punitivo.

Foi a essa época que se visualizou a necessidade de separar Estado de Sociedade civil, esfera pública – onde se deveria constituir e restringir os poderes estatais – de esfera privada – onde deveria vigor a mais ampla liberdade possível.

Para tanto, fez-se indispensável a criação de documentos legislativos diferentes para a matéria civil e os tipos penais, tornando-os incomunicáveis, de modo a expurgar qualquer punição – que, por sua natureza, molda a liberdade individual – do âmbito do Direito Privado.

No imaginário do jurista, que ainda hoje enxerga os Códigos Penal e Civil, esse edifício teórico continua hígido. É essa resiliência histórica que já conta mais de dois séculos, bem como a voracidade do discurso que pretendeu eliminar a punição da esfera cível, o que leva ao referido entendimento tão praticado na manualística civilista – consciente ou inconscientemente. No senso comum do operador do Direito, essa sistematização seria produto de um inquestionável progresso civilizatório que culminou no engessamento da pena no Direito Público, fruto de uma “evolução histórica” que, encontrando na sociedade oitocentista seu estado final, deve se manter imune a críticas^{139 140}.

¹³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009, p. 82.

¹³⁹ Uma simbólica defesa da posição que se está a tratar é aquela realizada por Sebastián Picasso: “La indemnización debe poner a la víctima en la situación anterior al hecho ilícito, y cualquier

desembolso efectuado por encima de ese limite constituiría un enriquecimiento sin causa del damnificado. En ese sentido, dice Díez-Picazo que si bien la punición estuvo en los orígenes de las normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontratual, hay que entender que en la actualidad es por completo ajeno a ellas, y añade que toda la evolución del derecho europeo continental consistió, a lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido. Para concluir ‘en los Derechos europeos continentales, la función punitiva la cumplen exclusivamente las normas penales, acompanhadas a veces por lo que se há llamado el Derecho administrativo sancionador’ “. (PICASSO, Sebastián, op. cit., p. 6).

¹⁴⁰ Cyril Sintez explica que as ressalvas que se nutre face à assimilação do princípio da prevenção pela responsabilidade civil derivam do fato de que “l’histoire de la responsabilité civile est souvent rapportée sous l’angle de la lente distinction des délits civils e publics. Dans cette présentation traditionnelle, la peine privée exprimait l’idée d’une vengeance privée incompatible avec l’évolution de la responsabilité civile. Elle proviendrait d’une conception essentiellement primitive procédant d’un droit de se venger duquel la responsabilité civile s’est émancipée. L’histoire des obligations serait ainsi fondée sur l’autonomie de leur identité à partir d’une distinction entre la peine et la réparation. Plus généralement, cette présentation traditionnelle relais la célèbre étude de Jhering selon laquelle ‘l’histoire de la peine est une abolition constante’. Telle est la teneur de la thèse évolutionniste de la responsabilité civile ». (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 161). Na mesma esteira, Boris Starck destaca que “si toutefois les théories modernes ne semblent pas s’émouvoir outre mesure de cette carence du droit civil en matière de prévention, c’est qu’elles proclament toutes que la prévention des activités nuisible incombe au droit pénal exclusivement. La responsabilité civile est réparatrice : elle ne connaît que le dommage dont elle entend effacer les suites. La responsabilité pénale assume seule, au moyen de la peine, le rôle de prévention, la culpabilité de l’auteur du dommage étant alors sa base propre. Tout système qui introduirait dans le droit civil des considérations tirées de la culpabilité de l’agent en vue d’organiser des sanctions variant avec le degré ou la qualité de sa faute est, d’après ces doctrines, condamné par l’évolution historique du droit. Cela nous ramènerait aux peines privées, institutions propres aux civilisations rudimentaires. [...] Ce serait abandonner les fruits d’un long effort d’analyse juridique, d’un lent mais constant progrès de la règle morale [...] pour la plupart des juristes, cette séparation du droit pénal et du droit civil n’est pas seulement le terme final de l’évolution juridique que nos venons d’esquisser, mais encore l’expression de la logique législative. C’est au nom de cette logique que l’on entend condamner la peine privée, indépendamment des autres considérations dont on vient de mesurer la valeur. C’est ainsi que l’on pu écrire que la ‘peine privée a succombé moins sous l’influence de raison pratiques, lesquelles n’apparaissent guère..., que sous influence de la logique grandissante de la jurisprudence romaine’. Or, sous ce rapport, le droit moderne, fortifié par le rationalisme cartésien, n’entende pas se montrer inférieur à son illustre ancêtre. Il est donc facile de comprendre l’hostilité presque universelle des auteurs envers cette institution hybride, véritable défi lancé aux classification et catégories le plus solides [...] ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 358-379). Na mesma linha, Rosenvald leciona que “em suma, o que a doutrina generalista da responsabilidade civil costuma sublinhar é que a ideia de pena privada surge em contraste com a límpida separação entre a esfera do direito civil e do Direito Penal, uma conquista dos ordenamentos modernos, como resultado de uma lenta, mas constante evolução, no curso da qual progressivamente se atenuou o caráter originariamente sancionatório da reação contra os fatos ilícitos [...] a imposição de penas na esfera privada poderia soar como um retorno aos primórdios da civilização, tempos em que direito civil e Direito Penal se confundiam e qualquer responsabilidade recaía sobre a pessoa do ofensor”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 41-46). Perceba-se que o discurso legitimador dessa separação foi, assim, a narrativa segundo a qual uma pena, no âmbito cível, traria consigo a ideia de vingança entre particulares, algo de bárbaro das sociedades antigas. A punição, diante disso, deveria ser isolada no Direito Público, aplicada apenas em face de atentados inqualificáveis aos valores e interesses sociais que, ao ver dessa doutrina, são tutelados exclusivamente pelas normas penais. E, após isso, o racionalismo cartesiano que perpassou essa separação foi como que naturalizado pelos juristas. Veja-se, por simbólico, o rechaço dirigido pelos irmãos Mazeaud à pena civil: “il arrive que la réparation soit plus large que le préjudice ou au moins différente ; elle ne représente pas le dommage éprouvé. La victime, après cette réparation, se trouve dans une situation meilleure que si le préjudice ne lui avait pas été causé, la faute du responsable lui profite. Ce bénéfice vient apaiser l’antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du cœur de chaque victime. L’homme qui a souffert n’est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance, l’instinct le pousse à désirer que l’auteur, à son tour, souffre le même mal. L’idée est barbare, elle tient à tout ce qu’il y a de mauvais dans la nature

Tal visão deriva, todavia, de uma abordagem positivista da história do direito, em que, como destaca Ricardo Marcelo Fonseca, a experiência jurídica

é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente [...] o direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir, demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma [...] acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta 'tradição histórica'¹⁴¹.

O presente trabalho, na tentativa de “desnaturalizar” a configuração atual da responsabilidade civil, adotará um método de interpretação histórica diverso. Buscar-se-á, nas próximas linhas, utilizar o recurso à história não como instrumento de legitimação do presente, mas de sua problematização. Tomar-se-á por base a lição de Ricardo Marcelo Fonseca no sentido de que

a análise dos institutos, conceitos ou teorias somente pode ser efetivada a partir de sua inserção num dado tempo, considerando todos os condicionantes sociais, econômicos, políticos, mentais, etc., que os circundam, delimitam e os condicionam¹⁴².

Em suma, partir-se-á da visão segundo a qual a compreensão da realidade do ordenamento jurídico atual apenas pode se dar a partir de uma dialética histórica hábil a evidenciar que nenhuma mudança é espontânea ou natural, mas reflete os

humaine ». (MAZEAUD, Henri; TUNC, Andre; MAZEAUD, Leon. **Traité theorique et pratique de la responsabilite civile**: delictuelle et contractuelle. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957, p. 487). Cumpre perceber que se tem, nessa passagem, uma crítica anacrônica, posto que a visão dos autores é baseada naquele conceito caricato da pena civil que foi forjado ao tempo de sua expurgação, ou seja, da expressão do ódio social ao culpado, e não no papel instrumental que dela se pretende hoje. Como destaca Rosenvald, essa automática rejeição, rotulando de retrógrado qualquer autor que fale, atualmente, em punição no âmbito cível, acaba por, de modo atemporal, solapar tentativas idôneas de utilizar a pena para produzir um necessário papel de prevenção de danos. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 25-35). Ou, como afirma Boris Starck, se bem assimilada a utilidade preventiva da pena civil, o que só é possível contextualizando sua condenação no ideário da Modernidade, nulas serão as críticas a sua legitimidade. (STARCK, Boris, op. cit., p. 355). A esta contextualização serão dedicadas as próximas páginas do presente trabalho.

¹⁴¹ (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 113-114). Não é outra a opinião de Boris Starck que, com uma boa dose de ironia, afirmava que « ce droit [responsabilité civile réparatoire] n'est lui-même qu'une étape de la lente ascension qui, de la nuit des sociétés primitives, devait nous élever jusqu'à notre civilisation hautement éclairée...il nous revient l'honneur d'en tirer les conséquences ultimes : bannir toute préoccupation pénale du droit repressif, confier la tâche de la répression au Ministère Public, représentant de la collectivité ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 374).

¹⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo, op. cit., p. 115.

valores, anseios e sensibilidades de dada sociedade em dado momento histórico. Em outras palavras, situar-se-á a responsabilidade civil no contexto social, político e econômico da sociedade oitocentista que delimitou sua função meramente reparatória, buscando combater a ideia de que sua configuração atual “é resultado natural, lógico e inevitável do processo histórico”¹⁴³.

Aplicando essa perspectiva ao objeto do presente estudo, cumpre lembrar que as Constituições de matriz liberal dos séculos XVIII e XIX – de modo mais intenso aquelas editadas imediatamente após as revoluções iluministas – representavam a reação de uma burguesia ascendente contra os privilégios de classe da nobreza e o absolutismo estatal. Tais estamentos durante longo período sufocaram suas liberdades individuais, principalmente a de iniciativa econômica¹⁴⁴.

O que se tinha, assim, eram Constituições que se preocupavam, pragmaticamente, em constituir o Estado para limitar seus poderes. Consagravam-se constitucionalmente direitos e liberdades individuais e impunham-se deveres negativos ao Estado, de não interferência na esfera privada. Esta deveria, assim, ser lócus de livre ação do ser humano, em um individualismo reinante, onde cada cidadão pudesse finalmente desempenhar livremente sua atividade econômica e apropriar-se do patrimônio fruto de seu trabalho.

Desse modo, as Cartas Constitucionais modernas passavam ao largo de estabelecer valores ou nortes para as relações interprivadas. Representando a antítese de um longo período de negação das liberdades individuais, a racionalidade que orientava a nova sociedade era, na expressão cunhada por G. Radbruch, a de

¹⁴³ (FONSECA, Ricardo Marcelo, op. cit., p. 160). A contextualização dos institutos jurídicos sempre permite constatar que sua configuração atual é fruto de diversos condicionantes e, assim, é apenas “uma das muitas experiências possíveis”. Cirył Sintez enfatiza a necessidade, para a assimilação do vetor normativo da prevenção, de se buscar a genealogia da responsabilidade civil, o que, ensina, deve ser feito por meio da história, da linguística e da psicologia social. Para o autor, esse empreendimento “permet de retracer la dynamique des faits, le processus d’évolution d’un objet car, pour elle, le sens n’est jamais figé à un moment de l’histoire [...] Le généalogiste propose de remonter le temps pour expliquer le présent [...] la généalogie peut être une méthode rigoureuse qui permet de montrer comment, à travers le discours, une notion juridique en vient à signifier telle valeur plutôt que telle autre à un moment donné de son histoire. Et, incidemment, d’en proposer une critique ». (SINTEZ, Cirył, op. cit., p. 28). Da mesma forma leciona Perlingieri, ao sustentar que a “própria [experiência] é somente uma das muitas experiências possíveis”, e o ordenamento que se tem hoje é apenas uma dentre as múltiplas possibilidades, sendo que, para compreender porque o ordenamento é dessa e não de outra forma, deve-se identificar o seu conteúdo à luz da ordem histórico-política que o forjou. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., passim). Assim, esses autores dão substrato para afirmar que a noção de responsabilidade civil que se tem hoje não é uma verdade absoluta, mas algo construído e passível de ser desnaturalizado através de sua contextualização.

¹⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello stato costituzionale**. Roma: Editoriale scientifica, 2006, p. 14.

um “inteligente egoísmo”¹⁴⁵. Ou seja, cabia a cada indivíduo tirar o maior proveito possível de suas próprias atividades, e ao Estado, engessado pela Constituição, pôr-se fora delas.

A Constituição liberal era, assim, apenas a “Constituição do Estado”. Os Códigos Civis oitocentistas eram, por sua vez, os diplomas que disciplinavam as relações privadas, eram a “Constituição dos cidadãos”, e neles – e na própria ideia de codificação – vinham expressos os valores liberais da burguesia ascendente¹⁴⁶.

Não por acaso, diferenciam-se nesse momento, de modo extremado, Direito Público e Direito Privado. Naquele, as relações de império. Neste, por meio das codificações civilistas, as relações sociais privadas, sob o signo da liberdade, fora da “Constituição do Estado”¹⁴⁷.

Nesses Códigos, de que são simbólicos exemplos o *Code Napoléon* e o BGB, expressava-se a igualdade de todos perante a lei, rompendo-se com os privilégios de classe de outrora. Ainda, consagrava-se a liberdade de cada indivíduo para compor seus próprios interesses econômicos na esfera privada. O Código Civil se erigia, assim, em espaço privilegiado do exercício das liberdades econômicas individuais, que deveria permanecer intocado pelo Estado¹⁴⁸.

A ideologia da igualdade formal era o que legitimava as regras ali dispostas¹⁴⁹. A saber, se a partir de então todos eram iguais perante a lei, e livres para contratar – sem a interferência estatal –, então quando se obrigavam no

¹⁴⁵ RADBRUCH, Gustav apud HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civiltas, 1995, p.87. Cabe destacar que apesar da utilização do termo “egoísmo”, o autor não dirige uma crítica a esse modo de agir e pensar muito próprio da Modernidade.

¹⁴⁶ M. Giorgianni, na obra “o Direito Privado e suas fronteiras”, utiliza a expressão “estatuto dos cidadãos” para cunhar os Códigos civis modernos, apontando que tais compêndios tinham reconhecido caráter constitucional. (GIORGIANI, Micheli. **O Direito Privado e suas atuais fronteiras**. trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, v. 747, p. 41 et seq, jan.1998).

¹⁴⁷ Essa lição é do Ministro Edson Fachin, merecendo transcrição: “Das Constituições liberais, frutos da burguesia ascendente contra o absolutismo, vêm a liberdade, a defesa dos interesses privados e uma autonomia privada do Estado. Não ao acaso diferenciam-se por aí Direito Público e Direito Privado. Neste, erige-se o Direito Civil, que se funda nos moldes clássicos. As relações dentro da sociedade, pois, a rigor se edificam, em tal contexto, fora da 'Constituição do Estado', e dentro, portanto, das codificações civis, vale dizer, do Direito Privado”. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015, p. 14).

¹⁴⁸ Explica Fachin que, à esta época, “o espaço jurídico privado é considerado lugar privilegiado de exercício da liberdade individual, campo da autonomia, direito natural por excelência, que antecede ao próprio conceito de Estado moderno. Constitui limite à atuação desse Estado (e do próprio status) que tem por finalidade primordial assegurá-la. A propriedade é, na fase liberal-jusnaturalista, o direito fundamental por excelência, que define o limite entre as espacialidades pública e privada”. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015, p. 14).

¹⁴⁹ Leciona Fachin que “a legitimação do status quo é oferecida pelo discurso de igualdade, que por evidente se coloca apenas no âmbito formal”. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015, p. 14).

exercício de sua autonomia privada, tal negócio deveria ter força de lei. E se havia uma função do Estado Liberal nessas relações, era a de garantir a obrigatoriedade da vontade manifestada contratualmente, seja qual fosse seu conteúdo.

Partia-se da premissa da igualdade de todos e da liberdade de todos, e consagrava-se, legalmente, que a vontade manifestada obrigava e, assim, outorgava-se a certeza necessária aos negócios da burguesia. Era a segurança formal o que se buscava por meio dos Códigos, a previsibilidade da resposta jurídica como condição para o bom exercício das transações comerciais¹⁵⁰.

Dessa forma, em resumo, as Codificações oitocentistas, produto dos anseios da burguesia vitoriosa nas revoluções liberais, punham-se a estabelecer as regras mínimas do jogo econômico, a consagrar e densificar o *pacta sunt servanda*, e a harmonizar as liberdades de cada indivíduo, que encontrava na liberdade do outro seu único limite¹⁵¹ – aqui em um senso de liberdade estritamente negativo, formal¹⁵².

O objetivo precípua da codificação não era outro que permitir a cada sujeito, igual perante a lei, o livre desempenho das atividades comerciais, tutelando o patrimônio por ele adquirido¹⁵³. O papel do Estado, neste contexto, era não mais do

¹⁵⁰ No escólio de Fachin, “Nas asas da lógica formal moderna, a certeza afastava o risco, a segurança se embalava nos braços da previsibilidade, e o tempo seguia linear em direção à conservação do status quo. Permanência e perenidade eram valores que pouco oscilavam no pêndulo dos sentidos e do espaço [...] a preocupação do legislador estava atrelada à circulação de riquezas e à segurança dos negócios jurídicos”. (FACHIN, Luiz Edson, op. cit., passim).

¹⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 136.

¹⁵² Isto é, “da liberdade do cidadão entendida como liberdade em relação ao Estado”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 191).

¹⁵³ Era, nesse contexto, a propriedade o direito fundamental por excelência, o ter antecedia ao ser e o sujeito de direito era apenas o sujeito proprietário e tomado em abstrato, sob pena de, se tomado na concretude, nas peculiaridades do seu ter, cair por terra a ideologia da igualdade formal que sustentava o Direito Privado da burguesia. Esse contexto histórico é bem captado por Maria Celina Bodin de Moraes: “O direito civil era concebido como a regulação mínima necessária para garantir o livre jogo dos negócios, voltado unicamente para a proteção do patrimônio, fundado exclusivamente na tutela da propriedade e da autonomia privada de cunho econômico e que erigia o Código Civil como centro do sistema”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v.9, n.29, 2006, p. 234). Com semelhante argúcia a análise de Fábio Konder Comparato, quando assevera que o Estado Liberal, em uma ordem jurídica arquitetada em torno da propriedade e do contrato, destinava-se tão somente a tutelar esses interesses jurídicos patrimoniais, permitindo-se aos agentes privados o máximo exercício da liberdade econômica. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978, p. 464).

que o de um “guarda noturno”, que fica às portas do comércio certificando-se de que nada disturbe os agentes econômicos¹⁵⁴.

Foi esse ideário da modernidade que forjou o conceito de responsabilidade civil ainda hoje reprisado – acriticamente – pelos operadores do direito¹⁵⁵.

Nessa sociedade, nesse momento histórico, não se deveria falar em interesse social na esfera privada – que, para sua consecução, traz consigo a autorização da intervenção estatal, mediante regulação de condutas –, mas apenas na liberdade econômica individual. Decorrente natural que o instrumental punitivo, cuja finalidade é a orientação de comportamentos, tenha sido expurgado com tanta veemência do Direito Civil – como se viu, chamava-se de “barbárie” a possibilidade de uma punição no contexto do livre mercado¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Como ensina Pietro Perlingieri, “no Estado moderno, originado na revolução francesa, o direito satisfaz a exigência de uma ordem na sociedade. A ordem do Estado oitocentista se pode definir como ordem dos direitos adquiridos, isto é, do *status quo*, das situações cristalizadas. O Estado tem somente ou preponderantemente a função de manter a ordem: é um Estado de polícia ou, como foi dito, um Estado guardião noturno, que não se interessa em intervir nas situações pré-constituídas de forma a criar uma ordem econômica, social, e por vezes também ética, diversa”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 190). Na mesma esteira ensina Daniel de Andrade Levy, ao destacar que “o Direito Privado vinha delimitar o círculo da atuação econômica do indivíduo, que ficaria blindado contra a intervenção arbitrária do poder governamental”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 169).

¹⁵⁵ Em precisa síntese, Maria Celina Bodin de Moraes observa que a dissociação entre responsabilidade civil e penal não é fruto, assim, de uma “evolução civilizacional”, nem de um desejo intocável de “cientificidade”, mas da “rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação de bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa [...] a separação entre pena e indenização foi, assim, uma consequência dessa mentalidade, e bem se justificava, tendo em vista os objetivos a serem alcançados: era, então, imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 201-202). No mesmo sentido, e com igual percuciência, destaca Daniel de Andrade Levy que “o caráter civil ou penal de um remédio ‘é meramente acidental, não substancial’. Foram escolhas políticas, posteriormente legitimadas pelo uso da história como instrumento de convencimento, que forçaram a classificação dos institutos jurídicos na bipartição reducionista do edifício romano [...] são movimentos sociopolíticos que constroem os dogmas que tanto nos impedem de olhar para frente, os quais são construídos por ‘essas coisas que às vezes parecem óbvias, que permanecem não ditas, nunca questionadas, que têm um verdadeiro impacto, bem maior do que aquilo que nós chamamos de direito’ ”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 42 e 91). Boris Starck, com especial refinamento, anota que, diante de interesses sociais, sistemas políticos e instituições econômicas tão variáveis, “aucune méthode logique n’est capable de bâtir sur ces sables mouvants un mur de séparation qui ait quelque chance de rester debout. L’opposition du droit pénal et du droit civil est purement empirique, contingente. Elle varie suivant les mœurs, les systèmes politiques, les institutions économiques. Beaucoup de délits autrefois sanctionnés pénalement ne sont aujourd’hui sanctionnés que par le droit civil et inversement. Telle faute dommageable, hier inconnue par les lois criminelles, fait aujourd’hui l’objet d’une incrimination ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 384). O que esses autores objetivam é nada mais do que “desnaturalizar” o modelo reparatório da responsabilidade civil, apontando para sua contingência em função de uma série de fatores.

¹⁵⁶ Remete-se o leitor às notas de rodapé nº 139 e 140.

A pena deveria restar rigidamente controlada no âmbito do Direito Público, como medida excepcionalíssima, respondendo apenas as ofensas mais gravosas à ordem social. Como consequência, à responsabilidade civil não cumpria, neste contexto, moldar as liberdades individuais.

Sua tarefa era tão somente a de prover o reequilíbrio econômico das partes quando um dano viesse a ocorrer, devolvendo-as à normalidade de mercado. É dizer, deveria a responsabilidade civil manter-se neutra em relação à atuação dos agentes econômicos, estranha ao mérito de seus processos decisórios, intervindo apenas pontualmente, quando acionada pelo particular, e limitada à mera reparação do dano, adstrita ao valor do prejuízo causado, e nada mais. O papel da responsabilidade no âmbito cível – refletindo o que se esperava do Estado nessa seara – era passivo¹⁵⁷.

É por isso que, nos precisos dizeres de Rosenvald, o princípio da reparação integral – “*tout le dommage, mais rien que le dommage*” –, ainda hoje tomado como dogma intransponível pela doutrina nacional, “exala a filosofia moderna da primazia da liberdade”. Traz consigo a marca do individualismo patrimonialista do *laissez-faire*, impressionando, nesse modelo de responsabilidade, “a fé na autorregulação do mercado”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Boris Starck anotava que o apego a esse modelo de responsabilidade, sem o questionamento acerca de suas bases históricas, era o que justificava, à sua época, a ausência de reflexão sobre a função preventiva do instituto: “Si les auteurs de droit civil ne semblent pas préoccupés par la question de prévention des dommages, c’est que pour eux, le droit civil est purement statique, confiné dans une mission d’équilibre des patrimoines”. (STARCK, Boris, op. cit., p. 356).

¹⁵⁸ Nas palavras do autor, “no contexto da responsabilidade civil, a função reparatória exala a filosofia moderna adepta da primazia da liberdade. O sistema de Direito Privado não interfere previamente no exercício de atos e atividades, permitindo que o mercado se autorregule, de forma a preservar a autonomia privada. A interferência do ordenamento se dará *a posteriori*, no momento patológico do dano, com a fixação de indenização apta a corrigir o desequilíbrio econômico subsequente à lesão [...] este corpo de regras neutras e assépticas, constante em diversos sistemas jurídicos, certamente atendeu a uma ideologia que demandava a ausência de entraves para o exercício de atividade econômica, incluindo-se aí a mínima interferência estatal em matéria de autonomia privada, com exceção de eventual reparação de danos decorrentes do exercício de atos de comércio, obviamente filtrada a reparação pela exigência da prova diabólica da culpa, limitada a indenização ao equivalente ao dano causado [...] impressiona, tal como constata Guido Alpa, a manutenção da força da teoria da mão invisível de Adam Smith. Como se o mercado fosse uma força espontânea da natureza que desfruta de vida própria, alcançando seu equilíbrio segundo sua própria lógica e a sua lei, imune à intervenção jurídica [...] em verdade possui [a responsabilidade civil clássica] a conotação ideológica do *laissez-faire*. Ao agir apenas no momento patológico da consumação do dano para resgatar o equilíbrio econômico rompido pela lesão, nada mais faz o aparato jurídico do que passivamente aceitar a concepção de imunidade do mercado perante o ordenamento”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., passim). Geneviève Viney, defendendo que a reparação não pode ser hoje a única finalidade do instituto, assim responde à objeção formulada pelos autores apegados ao princípio em questão: “Rituellement, ceux-ci invoquent la contradiction avec le principe de la réparation intégrale, fondement essentiel du droit français de la responsabilité civile. A quoi on peut répondre que les ‘principes’

Boris Starck, autor francês que já na década de 40 escreveu primorosas lições acerca da responsabilidade civil preventiva, após esmiuçar em sua obra essas bases históricas do princípio da reparação integral, assim dirigia suas indagações à doutrina que lhe era contemporânea, apegada à concepção tradicional do instituto: *“N’est-il pas étrange, en vérité, de voir que les auteurs ne tiennent presque aucun compte du changement radical du fondement même de la responsabilité civile?”*¹⁵⁹

O questionamento de Starck é preciso.

As exigências e valores que em dada sociedade, em dado momento histórico, motivaram essa cisão estanque entre Direito Civil e Penal, entre reparação e punição, são totalmente diversos daqueles de nosso tempo.

A começar pela ideologia da igualdade formal, que sustentava a liberdade individual e dava os contornos à responsabilidade civil clássica, e que passou, já ao início do século XX, a ser posta em xeque.

Percebeu-se que a igualdade perante a lei, inobstante ter representado um grande avanço em relação aos privilégios classistas do *ancién regime*, não era suficiente para uma sociedade que se preetendia justa.

Ao contrário, ganhou força desde então a constatação de que com a aplicação mecânica das normas aos negócios pactuados entre sujeitos proprietários abstratos, tidos como iguais porque a eles aplicáveis as mesmas leis, o direito fechava os olhos para a realidade fática das partes, que era, no mais das vezes, reveladora de desigualdades que solapavam o ideário de liberdade. Legitimavam-se, por meio do direito e sob o véu da abstrata igualdade formal que escondia as desigualdades da vida material, situações de abuso da posição econômica de uma parte em detrimento de outra menos abastada.

Em suma, constatou-se que não há real liberdade quando as partes são iguais apenas na letra dos Códigos¹⁶⁰.

juridiques sont faits pour servir la justice et non l'inverse. Lorsqu'un principe révèle son insuffisance, il doit donc être nuancé ou écarté dans le cas où son application conduit à des résultats inadéquats ». (VINEY, Geneviève. **Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile**. Recueil Dalloz, 2009, p. 2.944).

¹⁵⁹ (STARCK, Boris, op. cit., p. 398). No mesmo sentido vai a crítica de Daniel de Andrade Levy, que indaga se o que nos impede de olhar para frente “seriam valores transcendentais insuperáveis, ou bem construções históricas contextuais?”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 92).

¹⁶⁰ Na síntese de Fachin, “A abstração da figura do sujeito de direito, em tal tempo e contexto, também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário; e o sujeito proprietário, uma *persona* conceitual formalmente ao alcance de

Ao mesmo tempo em que se revelava que a liberdade econômica dos diplomas oitocentistas não era a liberdade de todos, o próprio *laissez-faire*, como meio de realização do bem-estar social a partir da livre produção e circulação de riquezas, passava a ser questionado. Em uma leitura bastante abreviada, o livre mercado, com estopim na grande depressão de 29, foi apontado como produtor de flagrantes injustiças sociais¹⁶¹.

A essa época, percebeu-se que outras forças, como aquelas exercidas por atores de mercado, poderiam “trazer para o indivíduo vários dos constrangimentos que se buscava prevenir contra o Estado”¹⁶². É dizer, constatou-se que as opressões contra as quais a sociedade tentava se proteger criando muros entre a esfera pública e a esfera privada poderiam ser causadas também pela avidez por lucro dos empreendedores.

Como consectário lógico da constatação da insuficiência da igualdade formal e das iniquidades produzidas quando o jogo econômico era deixado ao livre desempenho dos privados, passou-se a reclamar do Estado outro papel.

Veio a gradativa percepção de que, com uma arquitetura constitucional bem desenhada, poder-se-ia funcionalizar o Estado para não apenas respeitar, mas também fazer serem respeitadas as liberdades individuais, e, mais que isso, promover, inclusive por meio do direcionamento do mercado, as aspirações sociais¹⁶³.

O Estado passou, assim, a ser chamado a intervir, em maior ou menor grau, nas outrora intocáveis relações interprivadas. Isso tendo por escopo direcioná-las à

todos, que são, nessa configuração, *iguais perante a lei*. Esse mito, porém, não tardaria em ser desvelado, necessitando as codificações de outros instrumentos de legitimação em face das demandas por igualdade *na lei*”. (FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 15).

¹⁶¹ A esse respeito, desenvolvendo a análise profunda que os limites do presente trabalho não permitem percorrer, a já citada obra de Fábio Konder Comparato, de título “O indispensável direito econômico”,

¹⁶² (MENDES, Gilmar Ferreira (et. al). **Curso de direito constitucional**. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 253). Ou, como afirma o constitucionalista Jean Rivero, notou-se que “escapar da arbitrariedade do Estado para cair sob a dominação dos poderes privados seria apenas mudar de servidão”. (RIVERO, Jean. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: CEC. 1984, p. 673).

¹⁶³ Perlingieri anota que de uma liberdade em relação ao Estado, passou-se a reclamar por uma “liberdade no Estado”. A preocupação central tornou-se “oferecer garantias ao cidadão mediante a estrutural estatal”. Atingiu-se, assim, uma visão do Estado enquanto instrumento necessário para a realização da dignidade humana de cada sujeito. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 190 et seq).

concretização dos princípios estruturantes da sociedade que, desde a Constituição de Weimar, passavam a se ver esculpidos nas Cartas Magnas¹⁶⁴.

A liberdade econômica individual, é certo, passou a ser não mais o único, nem protagonista, anseio social. O respeito à dignidade humana, com muito mais força após os horrores da segunda guerra mundial, foi alçado a objetivo máximo das comunidades nacionais, fazendo a liberdade econômica individual por vezes ceder em favor da tutela deste valor ínsito à pessoa, merecendo conformação¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Há vívida discussão nos países de tradição continental acerca da incidência dos princípios constitucionais direta e imediatamente sobre as relações interprivadas. Na doutrina pátria e estrangeira algumas vozes questionam se os princípios e valores constitucionais teriam, de fato, eficácia normativa nas relações em que o Estado não estiver envolvido. Apegam-se, em grande medida, à própria ideia que vinha arraigada do constitucionalismo liberal de que se tratava a Constituição de documento destinado à disciplinar e limitar os poderes estatais, e que assim jamais seus postulados poderiam ser aplicados às relações interprivadas, mormente quando tal aplicação suscitaria mesmo uma intervenção do Estado nessa esfera. O Ministro Gilmar Mendes bem capta que tal discussão tem suas raízes fincadas nas resiliências do liberalismo clássico: “a resistência a que esses direitos se sobrepunham à manifestação de vontade nas relações entre os cidadãos preza o fato de que, historicamente, tais direitos foram concebidos como proteção contra o Estado, e que este seria fortalecido no seu poder sobre os indivíduos se as relações entre os particulares fossem passíveis de conformação necessária pelos direitos fundamentais”. (MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 255). Tal razão é a que, segundo Konrad Hesse, leva, por exemplo, a jurisprudência Alemã a reputar que os direitos e princípios constitucionais ingressam no domínio das relações privadas apenas por intermédio do legislador ordinário, normalmente por meio de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. (HESSE, Konrad. op. cit., 93-94). Já em solo brasileiro, doutrina e jurisprudência, salvo pouquíssimas vozes ainda dissonantes, convergem pela aplicabilidade direta e imediata dos princípios constitucionais à tais relações, sem necessidade de mediação legislativa. Assevera Gilmar Mendes que as razões que conduziram, no passado, a sociedade a reagir, por meio da Constituição, às arbitrariedades estatais, são as mesmas que hoje dão força para que sejam invocados os princípios constitucionais nas relações entre particulares. Com razão aponta o Ministro da Suprema Corte que “a percepção clara da força vinculante e da eficácia imediata dos direitos fundamentais e da sua posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforçou a ideia de que os princípios que informam os direitos fundamentais não poderiam deixar de ter aplicação também no setor do Direito Privado. Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obrigam o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”. (MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit., p. 253).

¹⁶⁵ E assim, “se em uma sociedade com uma nítida distinção entre liberdade do privado e autoridade do Estado era possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se árdua, se não impossível, individuar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do chamado interesse público [...] inúmeros princípios e regras, ditados para os particulares, têm relevo geral e refletem os próprios efeitos para além da esfera individual, incidindo sobre a saúde, sobre o meio ambiente, sobre as condições de trabalho, sobre a segurança do comércio e do consumo, sobre a habitação”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 144).

A mudança das funções que a sociedade passou a esperar que fossem desempenhadas pelo Estado também marcou, como se pode perceber, a transformação da própria ideia de Constituição.

De “Constituição do Estado”, as Cartas políticas transmudaram-se em documento jurídico máximo da sociedade. Deixaram, assim, de ser neutras no que se refere às relações interprivadas e passaram, em verdade, a submetê-las aos princípios e valores constitucionais, buscando a concretização das finalidades sociais nelas expressas.

É dizer, as Constituições passaram a reger – sem esgotar sua disciplina – também as relações de mercado, por meio de vetores com força normativa vinculante e, conseqüentemente, a se erigirem em lei maior de todo o ordenamento jurídico, e não mais apenas do Direito Público.

Fala-se, por isso, em uma constitucionalização do Direito Civil. A Constituição Social passa ao centro do governo das relações interprivadas e provoca uma releitura do Direito Civil em torno da hermenêutica constitucional, “quer interpretação, quer integração”¹⁶⁶. Os Códigos Cíveis passam a estar subordinados formal e substancialmente à Constituição, e são chamados, tanto em método, quanto em conteúdo¹⁶⁷, a se adaptar a essa nova realidade¹⁶⁸.

Dessa forma, Direito Público e Privado, separados de maneira estanque nas sociedades liberais, passam a encontrar na axiologia constitucional seu liame unificador. Com o Constitucionalismo social, de que a Constituição Federal Brasileira de 88 é tributária, há não uma série de ramos do direito regidos por princípios e valores próprios, tipicamente publicísticos ou privatísticos, mas um direito uno, a

¹⁶⁶ FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 89.

¹⁶⁷ O Ministro Edson Fachin aponta que com a constitucionalização do direito civil abandona-se não apenas o conteúdo liberal dos Códigos oitocentistas, mas o próprio modo de pensar que caracteriza as codificações. É dizer, a matéria dos Códigos passa a ter como núcleo substancial a Constituição e o método de aplicação do direito deixa de ser o da racionalidade fechada da subsunção para ser o da problematização tópica, que, a partir do problema específico, busca na ordem constitucional a melhor solução à luz dos direitos fundamentais, tomando o Código Civil como *background* da disciplina das relações interprivadas. (FACHIN, Luiz Edson, op. cit., passim).

¹⁶⁸ No escólio de Perlingieri, “uma visão contemporânea, que queira analisar a realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos e, em particular, suas Constituições. É dever do jurista, especialmente do civilista, ‘reler’ todo o sistema do código e das leis especiais à luz dos princípios constitucionais e comunitários, de forma a individuar uma nova ordem científica que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 137-138).

que, na feliz metáfora de Marcos Ehrhardt Júnior, “a Constituição serve de parte geral”¹⁶⁹ 170.

Responsabilidade civil e penal não são mais identificadas pela tutela de interesses individuais ou sociais, nem se encontram informadas por princípios e valores diversos e incomunicáveis, mas vêm-se igualmente permeadas pelo “interesse público fundamental” na concretização da dignidade humana¹⁷¹.

Perlingieri leciona que o valor unitário da pessoa, no qual todo o ordenamento jurídico atual é inspirado e para o qual todos os ditos ramos do direito

¹⁶⁹ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou Direito de Danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 305.

¹⁷⁰ Perlingieri ressalta que, a partir de então, o direito civil não mais se apresenta como antítese do Direito Público, “mas é somente um ramo que se justifica por razões didáticas e de especialização profissional e que recolhe e evidencia os institutos atinentes à estrutura da sociedade, ao viver dos cidadãos enquanto titulares de direitos civis. É, de certo modo, um retorno às origens do direito civil como direito dos *cives*, titulares de direitos não somente em relação a outros cidadãos, mas também ao Estado e ao mercado. Neste enfoque, não há contraste entre privado e público, já que o próprio direito civil é parte de um ordenamento unitário [...] interesses privados e interesses públicos ganham um significado histórico, que não permite uma classificação rígida e dogmática que reproduza experiências já superadas [...] da consideração da Carta Constitucional como estrutura que rege o ordenamento vigente, colocada no ápice da hierarquia das fontes (expressão, por sua vez, de uma hierarquia de valores), deriva um sistema caracterizado por perspectivas axiológicas unitárias para o direito civil e penal, que se resume na fórmula ‘Estado Social de Direito’ ”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 148-165).

¹⁷¹ Afinal, se não há mais separação inamovível entre a esfera de consecução de interesses públicos, a demandar a intervenção do Estado, e a esfera de liberdade, de que o Estado deve se abster de intervir, então não há mais muro que divise de maneira rígida os ramos do Direito Público e privado – e consequentemente o Direito Penal e civil. Nesse mesmo sentido bem destaca Fachin que, “na contemporaneidade, as esferas do interesse individual, do social e do estatal não mais são facilmente separadas, como antes ocorria, nos primórdios da Modernidade. Há um complemento entre o interesse público e o privado, sendo difícil conceber um interesse privado que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse público. Ao longo da história mais recente, o Código Civil perdeu para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada. Outro diálogo, de tal modo, se instalou entre as esferas de tais governos jurídicos [...] o reflexo da unidade do ordenamento, no âmbito das relações privadas, apresenta-se nos valores e princípios constitucionais”. (FACHIN, Luiz Edson. op. cit., p. 62). Na mesma esteira, Daniel de Andrade Levy anota que a disciplina do direito civil ostenta hoje, em muitos aspectos, um nítido caráter social que deflagra a absoluta inadequação da *summa divisio*. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 174). Perlingieri, por fim, adiciona que o próprio conceito de interesse público merece, à luz dessas circunstâncias, ser relido. Trata-se não mais de compreendê-lo como um interesse superior de Estado que submete os interesses privados, mas de interpretá-lo enquanto “um interesse instrumental (ou intermediário) que deve ser satisfeito a fim de que outros interesses individuais sejam, por sua vez, satisfeitos”. Para o autor, o critério de distinção entre a norma pública e a norma privada passa, assim, a ser quantitativo, e não qualitativo. Nas suas palavras, “algumas vezes prevalece o aspecto privado, pois se satisfaz diretamente o interesse dos particulares (que realiza contemporaneamente o interesse da coletividade); outras vezes prevalece o aspecto público, pois, em termos quantitativos, se satisfaz diretamente o interesse da coletividade (mas sempre funcionalizado à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos)”. A rigor, inexistente, assim, razão para falar em princípios e valores incomunicáveis entre ditas esferas do direito. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 146).

convergem, demanda um enfoque interdisciplinar do estudo das ações do homem. Isso porque, afirma o autor, a resposta mais protetiva à dignidade raramente poderá ser obtida na pureza científica de um setor do ordenamento:

A unidade do ordenamento e a problemática no estudo do direito induzem, em particular, a rejeitar a tradicional e apriorística divisão entre Direito Civil e Direito Penal, como setores do ordenamento inspirados cada qual em princípios e valores autônomos e incomunicáveis. Não há mais razão de propor uma leitura dos institutos que se inspire exclusivamente em uma colocação especialista dos mesmos [...] o enfoque interdisciplinar do estudo das ações humanas é perfil necessário do valor unitário da pessoa, no qual todo o sistema é inspirado. Daí a consciência – ainda não patrimônio comum – de que a releitura em chave constitucional das normas e das noções do Direito Civil realiza efeitos que, longe de permanecer circunscritos a tal setor, se revelam complementares em relação às tendências em vigor no campo penal¹⁷².

Essa necessidade de uma análise multifacetada apenas se intensifica ante a complexidade e o dinamismo das relações contemporâneas.

Rosenvald lembra que, na era das incertezas, a solução adequada à axiologia constitucional se torna difícil de ser encontrada em uma única matéria. A resposta jurídica apta à concretização da dignidade humana não nasce mais de fórmulas laboratoriais, mas de modelos dúcteis, adaptáveis às demandas sociais¹⁷³.

¹⁷² (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 150-151). No entanto, ressalta Daniel de Andrade Levy que essa não é uma operação facilmente assimilada pelo senso comum dos operadores do direito, pois nossa tradição de “compartimentalização dos direitos codificados dificulta o surgimento de institutos que se encontram nos limites de várias disciplinas, como a indenização punitiva [...]”. Para o autor, nos países de influência romano-germânica ainda privilegia-se “ ‘a importância de conceitos claros e lapidados’ “, e a “estrutura”, ou seja, o “raciocínio formal”, em “detrimento do pensamento pragmático de resolução de problemas”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 102). No mesmo sentido destaca Perlingieri. O jurista italiano enfatiza que se faz “necessário desancorar-se dos antigos dogmas, verificando sua relatividade e sua historicidade”. Leciona que cumpre abandonar a tradição sempre que ela estiver impedindo o operador do direito de “se pôr livremente diante de problemas novos [...] frequentemente, o civilista leva em consideração o sistema e não o problema [...] é necessário desvincular-se dos apertos de um sistema historicamente superado [...] deve-se evitar que o sistema conceitual impeça a tentativa de elaborar, em termos de aderência ao ordenamento efetivamente vigente, os problemas individuados”. Para o autor, “a reflexão sobre a historicidade do ordenamento, a relatividade dos conceitos e das noções, a individuação dos princípios e valores fundamentais”, é tarefa que hoje faz-se indispensável para um direito que, diferente de outrora, se põe à concretização de uma segurança substancial. Em conclusão, Perlingieri lembra que devemos nos tornar cientes “de que a própria [experiência] é somente uma das muitas experiências possíveis; que o próprio direito civil é somente um deles, que se pode viver ‘civilmente’ sem conhecer as noções e categorias que, parecendo insuprimíveis, se tornam categorias lógicas e ontológicas, ao invés de noções úteis para compreender a realidade”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 137-139).

¹⁷³ Nas palavras do autor, “a complexidade e o dinamismo das relações sociais já não mais permitem a sobrevivência de esquemas dicotômicos de pureza absoluta. O fato da pena civil se colocar em uma zona de intersecção entre o Direito Penal, o direito administrativo e o direito civil requer evidentemente um cuidado em laborar com estruturas dogmáticas e esquemas lógicos absolutamente

Exige-se, cada vez mais, saídas que forcem as fronteiras entre os setores do ordenamento, desafiam a separação outrora estanque entre responsabilidade civil e penal, combinando os instrumentos típicos de um e outro setor, no desiderato de dar efetividade aos postulados constitucionais.

Com bem aponta Fachin, faz-se necessário não mais partir de soluções fechadas de um ramo do direito, e sim dos problemas que ao direito se põem, buscando, entre as respostas positivadas nos diferentes setores, aquela que melhor realiza a axiologia constitucional¹⁷⁴.

Diante disso, responsabilidade civil e penal não são senão aspectos de uma unitária defesa do igualmente incindível valor da pessoa humana¹⁷⁵. Bem por isso,

diversos, distinção esta reforçada por linguagens heterogêneas. Porém, se tivermos o cuidado de detectarmos as diferenças e aproximarmos o que há de comum e relevante nos três setores, torna-se possível qualificar um relevante modelo jurídico". (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 187).

¹⁷⁴ Trata-se, na lição do Ministro, de uma "interpretação tópico-sistemática". Explica o autor que "a interpretação tópico-sistemática não toma o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas que podem se pôr no futuro - pretensão das codificações civis -, mas, sim, parte dos problemas concretos, buscando no sistema a melhor entre várias possíveis soluções. Tal escolha se faz por meio da hierarquização axiológica. É por meio da hierarquização axiológica em cada caso concreto que os direitos fundamentais se concretizam como normas - que não são modelos abstratos préordenados". (FACHIN, Luiz Edson, op. cit., p. 94). O que o autor nos indica é que deve-se, assim, romper com a lógica formal da subsunção, que faz a regra jurídica incidir imediatamente quando da ocorrência do fato do mundo da vida nela previsto, posto que tal método, compromissado com a segurança formal, cristalizando os valores que permeiam as regras de um código, erige-o enquanto sistema fechado, tornando-o impermeável à intervenção da realidade e ao poder criador da jurisprudência. Dessa forma, o magistrado deve partir não mais da norma e sua resposta abstrata e previamente elaborada, e sim do caso concreto. A partir da análise da hipótese que se põe a seu julgamento, deve buscar no sistema, dentre as respostas positivadas, a que oferece a solução mais consentânea ao princípio constitucional que, em uma ponderação axiológica, entenda, motivadamente, deva prevalecer. Não é outro o escólio de Pierlingieri. Nas palavras do civilista italiano, "[...] o fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos, se tem sentido porque divide por competência e necessidade de exposição uma matéria em si mesma única, não deve significar que a realidade, logo o ordenamento, seja divisível em diversos setores dos quais um seja tão autônomo em relação ao outro a ponto de proclamar-se independente. O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas [...]", pois, do contrário, as categorias jurídicas ganham vida própria ao invés de erigir-se em instrumentos para a compreensão da realidade, transmutando-se em "rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada". Arremata o autor que "os problemas concernentes às relações civilísticas devem ser enfocados de modo a recuperar os valores publicísticos para o Direito Privado e os valores privados para o Direito Público [...] a unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicistas". (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., passim).

¹⁷⁵ Patrice Jourdain anota, nesse sentido, que "la convergence des objectifs de prévention et de punition des deux responsabilités conduit à un certain rapprochement, de leurs finalités tout au moins ». (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 4). Boris Starck há muito já escrevia que « C'est par degrés insensibles que l'on passe du trouble purement individuel au trouble social [...] il est donc faux de croire que la nature du préjudice qui provoque la réaction pénale soit différent de celle qui déclenche la simple sanction civile. [...] Est-il vrai que l'amendement du coupable et la politique de prévention appartiennent au droit pénal exclusivement ? nous avons déjà critiqué cette façon de voir. Peut-être cela conviendrait-il comme système législatif idéal, peut-être pourrait-on interdire au juge civil de se préoccuper de la question de prévention des dommages, si le droit pénal proprement dit disposait de moyens adaptés à cette politique [...] Or, à considérer le droit pénal positif, il est facile de constater

reproduzir sua divisão hermética em ramos apartados, apontando que um instituto tutela apenas o interesse público e o outro tutela apenas interesses privados, e que a um instituto é dado apenas punir e a outro é dado apenas reparar, é incorrer em um anacronismo, fazendo a forma prevalecer sobre a função.

Desse modo, parece possível concluir que a responsabilidade civil não pode mais ser enclausurada dentro dos muros construídos pelo liberalismo, nem pode se “acastelar dentro de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens”¹⁷⁶. Como lembra Pizarro, “a eficácia de uma instituição nunca pode ser indiferente ao sujeito de direito, nem ficar relegada por razões dogmáticas ou por apego às tradições”¹⁷⁷.

O instituto serve, precipuamente, a responder da melhor forma possível ao anseio social de incolumidade da dignidade humana, e se hoje isso significa ter de recorrer ao instrumental punitivo, no escopo de auxiliar o Direito Penal na tarefa de contenção de comportamentos, tal operação deve ser realizada às claras, sem constrangimentos^{178 179}.

que quantités de faits, gravement nuisibles et hautement blâmable, restent impunis [...] c'est évidemment une différence de degré dans la gravité de la sanction pénal et civile qui explique et justifie les règles de compétence et de procédure qui opposent les deux ordres de juridictions [...] une seule chose reste au-dessus de ces vicissitudes : la nécessité d'une politique de prévention des dommages dus à la faute de l'homme. Dans ce but, le droit pénal et le droit civil conjugueront leurs efforts ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 381-384).

¹⁷⁶ LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 21.

¹⁷⁷ PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 396.

¹⁷⁸ Na precisa síntese de Daniel de Andrade Levy, “o gradual questionamento do cientificismo, após a II Guerra Mundial, trouxe o fundamento filosófico que faltava para relativizar qualquer edifício conceitual cuja construção não estivesse servindo ao indivíduo”. Tem-se, desde então, “a ciência a favor do ser humano, e não mais o contrário”. Deve-se, assim, buscar a “superação da dicotomia tradicional do direito a partir de instrumentos que, indo além de qualquer limitação, têm na pessoa humana o seu verdadeiro fundamento”. (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil...* op. cit., p. 171-172). Na mesma linha destaca Caroline Vaz, que, em sua defesa da responsabilidade civil preventiva, assim leciona: “Tendo em vista que os institutos de que dispõe até o momento o Direito Civil não conseguiram coibir nem reduzir a prática de novos ilícitos, o Direito, que deve servir à vida e ter uma utilidade prática, já que feito por homens para homens, deve amoldar-se às novas necessidades, para solver os conflitos oriundos de uma nova ordem social”. (VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 138).

¹⁷⁹ Em adição, não é demais observar que o Código Civil de 2002 consagra disposições com nítida coloração punitiva, evidenciando não ser a punição fenômeno estranho ao Direito Privado pátrio. São exemplos as diversas hipóteses em que o códex prevê consequências diferentes em função da boa ou má-fé do sujeito, e que não se justificam se não tendo em vista a tentativa de orientação ao comportamento conforme o padrão ético exigido. De feição punitiva é também, apenas para mencionar, a dualidade entre erro e dolo, atraindo efeitos distintos com base na consideração acerca de se a contraparte induziu ou não o contraente a equívoco sobre circunstância do negócio. Que dizer então da disposição segundo a qual os herdeiros, por iniciativa da própria sociedade, serão excluídos da herança caso tenham atentado contra a vida do autor, o acusado caluniosamente ou o injuriado, ou mesmo tentado inibi-lo de dispor livremente de seu patrimônio? E do artigo 773 que

É de se enfatizar que a responsabilidade penal não tem se mostrado capaz de desempenhar, sozinha, o papel de prevenção de danos – e pela gravidade de sua resposta nem é desejável que o faça.

Isso porque, em um mercado tão dinâmico, cujos ilícitos produzidos são tão fluídos, diversificando-se diariamente, a necessidade de tipificar rigidamente condutas passíveis de punição põe, por si só, o projeto preventivo a perder¹⁸⁰.

Cumprir lembrar que a sanção criminal, por se erigir, direta ou indiretamente, em ameaça de privação à liberdade, submete-se à legalidade estrita. Isto é, exige-se a previsão legal e pormenorizada da hipótese fática que a atrai, bem como da pena a ser aplicada quando de sua ocorrência.

No entanto, nenhuma manifestação de direito positivo é capaz, em uma sociedade complexa como a contemporânea, de abarcar todas as situações existenciais dignas de punição, que dirá de se atualizar na mesma velocidade de sua mutação. O desígnio de prever aprioristicamente e com precisão as condutas desidiosas a interesses sensíveis, quando nem mesmo as situações merecedoras de tutela são, em si, passíveis de antevisão, é tarefa mesmo impossível.

Como destaca Daniel de Andrade Levy, o Direito Penal no contexto Pós-Moderno parece deparar-se com uma “impossibilidade, sempre presente, de enquadrar certas condutas”¹⁸¹, o que, para ser feito com eficiência, exigiria, ademais, uma constante atualização legislativa, em um ritmo frenético¹⁸².

prevê a obrigação do segurador de pagar em dobro o prêmio estipulado caso comprovado que, ao tempo da contratação, sabia já ter passado o risco contra o qual o segurado pretendia cobertura? Tratam-se de previsões que têm claro viés punitivo e moralizador, o que, ao ver da doutrina tradicional, seria tarefa estranha ao Direito Privado. Não apenas o compêndio civilista, mas também o Código de Defesa do Consumidor se vê igualmente recheado de punições. Para ficar apenas com um exemplo, icônico, tome-se o art. 42, que em seu parágrafo único dispõe que o consumidor cobrado em quantia indevida terá direito ao dobro do valor pago em excesso caso atestada a má-fé do fornecedor. Tem-se, neste dispositivo, sanção que claramente desborda da mera reparação de danos, tentando corrigir a conduta do agente de mercado, visando a prevenção de novas cobranças indevidas. Como já afirmava Antônio Junqueira de Azevedo, em célebre frase, “não é verdade que o direito civil não puna”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004).

¹⁸⁰ Como resume Daniel de Andrade Levy, “é notório o enfraquecimento do Direito Penal econômico, cujos mecanismos são inadaptados para englobar a incrível rapidez da dinâmica comercial”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 119).

¹⁸¹ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 119.

¹⁸² Como aponta Perlingieri, a personalidade é um “valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessante exigência mutável de tutela [...]”. Isso está a exigir “formas de proteção também atípicas”, posto que “nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e

Soma-se a isso a precária administração da justiça criminal no Brasil. Segundo Rosenvald, ante “a contínua expansão do âmbito operativo do Direito Penal”¹⁸³ – empurrado justamente pela sociedade de riscos –, o Ministério Público tem dado conta, quando muito, dos crimes mais graves à integridade física e ao patrimônio – aliás, como deveria ser. Para os demais, resta a prescrição ou acordos que redundam em multas irrisórias¹⁸⁴.

Não menos importante é o fato de que as atividades econômicas que trazem maior potencial de lesão a interesses sensíveis são aquelas desempenhadas por meio de pessoas jurídicas.

O Direito Penal brasileiro, no entanto, é extremamente incipiente em matéria de sua responsabilização.

Como lembra o penalista Salvador Netto, inexistente regra geral que admita a incidência de sanção criminal sobre a Pessoa moral, e a única consagração legal que permite sua criminalização está circunscrita à esfera dos crimes ambientais¹⁸⁵.

exigências da pessoa que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 765).

¹⁸³ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 176.

¹⁸⁴ No escólio de Rosenvald, “em se tratando do Brasil, a administração do direito criminal não é particularmente eficiente. De fato, muitos criminosos não são processados criminalmente. Isto é particularmente verdadeiro nos crimes menos graves que, na prática, são deixados de lado pelo Ministério Público, ocupado com crimes mais graves. A indiferença do Poder Público soma-se a inércia da máquina repressora estatal, o que contribui para a impunidade na medida em que os tribunais criminais ficam sobrecarregados, determinando um estado de coisas em que a maioria das ações criminais não chega a qualquer resultado prático, extinguindo-se a punibilidade dos réus em face de lapsos prescricionais, ou reduzindo-se esta para que o processo criminal chegue a seu termo, o que muitas vezes resulta em multas criminais de valor irrelevante. Nesta ordem de ideias, tendo em conta o declínio da eficiência do processo penal enquanto instrumento destinado à punição e prevenção de delitos, a imposição de penas civis pode remediar os desajustes do sistema penal”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 169). Não é outra a percepção de Perlingieri. O autor, examinando a justiça criminal na Itália, sublinha o “exíguo número de pronúncias de condenação” e a “insignificância das sanções cominadas” às ofensas às situações existenciais que não digam respeito à integridade física ou à liberdade pessoal. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 761).

¹⁸⁵ O autor, colhendo a opinião da doutrina amplamente majoritária, afirma que o Constituinte não impôs, mas apenas possibilitou ao legislador a consagração da imputação criminal das Pessoas jurídicas, instando-o a realizar posteriores valorações a respeito da necessidade e adequação desse modelo de criminalização. O penalista anota que apesar da “capacidade que as empresas gradativamente assumiram de realizar condutas lesivas ao sistema tributário e financeiro, à concorrência, ao mercado de capitais, ao meio ambiente etc”, erigindo-se em “novo ator apto a protagonizar agressões no âmbito do sistema criminal, principalmente em razão do papel central que ocupam na produção e circulação de riquezas, bem como dos efeitos dessas mesmas atividades na contemporaneidade”, o debate acerca da legitimidade das Pessoas jurídicas para ocupar o polo passivo do processo penal não é, ainda, “candente” no Brasil. Isso se confirma “tendo em vista a opção infraconstitucional momentânea de apenas imputar delitos ambientais às empresas [...] Com o advento da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, o legislador brasileiro atualizou o tema, isto é, utilizando-se da possibilidade constitucional, aferiu a oportunidade concreta de inseri-la no sistema criminal, notadamente em face das lesivas atividades perpetradas pelas Pessoas jurídicas ao meio ambiente. No tocante aos demais setores da ordem econômica, o Direito Penal brasileiro permanece,

Mesmo neste âmbito, noticia o autor, há uma quase impossibilidade de sua condenação, a denotar a ausência de perspectivas atuais de melhora. Isso porque, explica Salvador Netto, a dogmática brasileira, ainda reticente no que toca à possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito passivo no processo penal, sustenta um cauteloso modelo de heterorresponsabilidade. Segundo essa teoria, a responsabilização da empresa depende de prévia condenação da pessoa física autora material da infração, bem como da comprovação de sua atuação no interesse ou em benefício da sociedade empresária¹⁸⁶.

Isso redundando na conclusão de que, hoje, a penalização de ilícitos lucrativos gravemente atentatórios a interesses sensíveis recai sobre a liberdade de ir e vir dos administradores das empresas, permanecendo o lucro da pessoa jurídica, no entanto, intocado. Deve-se lembrar que a perspectiva de ganho ou realização de uma economia é aquilo que incentiva a prática de comportamentos antissociais pelas sociedades empresárias. Dessa forma, como conclui Rosenvald, trocam-se os dirigentes da pessoa jurídica, e a “danosidade social prossegue”¹⁸⁷.

ainda, com a opção em aberto”. (NETTO, Salvador. **Responsabilidade penal da Pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, e-book).

¹⁸⁶ Nas palavras do autor, “as Pessoas jurídicas apenas poderão ser criminalmente processadas se acompanhadas de pessoas físicas no polo passivo da demanda criminal. Isso foi um reflexo da adoção, ainda que de modo não expresso, de um modelo de heterorresponsabilidade, por meio do qual é o injusto do indivíduo, representado pelo seu ato humano e concreto, que se atribui à Pessoa jurídica. Essa afirmativa é evidenciada pelos inúmeros julgados posteriores, nos quais das ementas em geral passaram a constar a seguinte assertiva: ‘não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio’, ‘Admite-se a responsabilidade penal da Pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício’ (HC 93.867, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 12.05.2008 – REsp 969.160, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 31.08.2009 – REsp 800.817, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJe de 22.02.2010) ‘Excluindo-se da denúncia a pessoa física, torna-se inviável o prosseguimento da ação penal, tão somente, contra a Pessoa jurídica’ (RHC 24.239, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 10.07.2010) [...]”. Conclui Salvador Netto que, “com isso, a aplicação prática da legislação nacional não permitiu suplantarmos um dos fatores principais que motivaram a própria adoção da responsabilidade penal das empresas, qual seja, a dificuldade de identificar, no âmago das corporações, os indivíduos responsáveis”. (NETTO, Salvador, op. cit., e-book).

¹⁸⁷ Nesse sentido, Rosenvald afirma que “a sanção penal tradicional não atinge a capacidade econômica da empresa ou a sua aptidão para continuar a prática de comportamentos antijurídicos. Pelo contrário, eventualmente são atingidas pessoas facilmente substituíveis como administradores e representantes legais, mas a danosidade social prossegue. De fato, no mundo da economia frequentemente a sanção que mais preocupa não é a pena tradicional, mas sim a limitação da liberdade de contratar e a exclusão do mercado. É intuitiva a eficácia de uma sanção que se resolve em perda de riquezas, no confronto com aquele que justamente tem como finalidade a produção de riquezas [...]”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 173).

Tem-se, em síntese, no atual estágio da técnica penal, uma evidente lacuna, falhando o direito pátrio, ao manter incólume o lucro ilícito, em sua missão de produzir o almejado efeito preventivo¹⁸⁸.

Por fim, constatadas todas essas insuficiências dos instrumentos penais, a solução não parece ser a do aprimoramento de sua técnica e a multiplicação de sua intervenção.

Isso porque a sanção punitiva criminal traz consigo a ameaça de privação de liberdade ou de restrição ao direito de ir e vir, de sorte que limita elementares atributos da pessoa humana, tendo forte caráter aflitivo e aviltante. Ainda, mesmo quando o processo criminal redunde apenas em multa, a condenação no âmbito penal traz consigo um efeito estigmatizante que recai sobre o condenado e que “o segue junto com a pena inscrita na ficha policial”¹⁸⁹ – efeito este que não é estranho a outras searas, mas que no âmbito criminal é mais intenso¹⁹⁰.

Por isso, não é de bom alvitre torná-la pródiga, com tanto os penalistas quanto os civilistas a proclamarem que, em verdade, o Direito Penal – e a sanção

¹⁸⁸ Como ensina Flávio Higa, tal circunstância, somada “a negação de uma face aflitiva da responsabilidade civil, produz uma carência sistêmica, porquanto deixa uma lacuna na promoção de incentivos econômicos tanto à prevenção de acidentes quanto à dissuasão e punição de comportamentos indesejáveis. É provável que esse vácuo seja preenchido por caminhos furtivos, notadamente com o arbitramento de indenizações extrapatrimoniais ‘mais robustas’ que, de maneira dissimulada, embutam uma quantia aflitiva formalmente recusada. Por certo, a clandestinidade não é a solução mais adequada, mas sim a sequela inexorável de o direito dar as costas a uma realidade fenomênica”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 206). Boris Starck, partilhando de mesma opinião, assevera que “il est facile de voir que le droit pénal ne peut, à lui seul, assumer toute la tâche de la répression et de la prévention des activités coupables et dommageables. Ni ses moyens, c’est-à-dire les sanctions dont il dispose, ni sa technique, ne sont assez souple pour s’adapter aux nécessités de la vie sociale [...] la *méthode* du droit pénal ne s’adapte qu’imparfaitement à l’œuvre de prévention. Le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, l’interprétation restrictive des textes pénaux, nécessaires sans aucun doute pour garantir la liberté individuelle, n’en sont pas moins les causes de l’impunité de nombreux agissements coupables et nuisibles aux individus et à la collectivité [...] la doctrine tout entière a jeté l’interdit sur la notion de peine privée, et le juge peut difficilement, dans ces conditions, poser des principes directement contradictoires. Mas, faute d’employer l’instrument adéquat, les tribunaux eurent recours à de moyens indirect, à des ‘succédanés’ de l’idée de peine privée [...] ils eurent recours, pour suppléer à l’idée de peine privée, à d’innombrables procédés artificiels [...] afin d’écarter les objections qui, traditionnellement, lui sont adressées ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 358-359).

¹⁸⁹ Como destaca Suzanne Carval, “elle [la peine privée] n’est pas pour autant assimilable à la sanction pénale, dont le caractère afflictif et infamante est fortement marqué. Cela tient, tout d’abord, à ce qu’elle ne peut jamais atteindre le fautif dans sa liberté d’aller et venir. Elle ne ‘suit’ pas le condamné, enfin, comme le fait la peine inscrite au casier judiciaire ». (CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 259). Da mesma entende Eduardo Uilan, sublinhando que a sanção criminal e somente ela “traz em si um caráter infamante que marcará a reputação do condenado em seu meio social”, e por isso sempre atinge a dignidade do sentenciado. (UILAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de direito do Largo São Francisco (USP). São Paulo, 2003, p. 55-56).

¹⁹⁰ Disso se tratará adiante, ao se enfrentar a objeção “b”.

criminal que o identifica –, pela gravidade de sua resposta, deve ser restringido à *ultima ratio*. É dizer, deve incidir apenas quando todos os demais ditos ramos do direito falharem em tutelar o bem jurídico eleito importante pela sociedade.

Nesse sentido, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

Se para o reestabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas [...] A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa [...] por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes¹⁹¹.

Nessa toada, a perspectiva é de cada vez maior retração do Direito Penal, com os juristas a buscarem alternativas à sanção criminal que sejam mais eficientes e menos gravosas à dignidade do ofensor.

Para essa tarefa, visando preencher o vácuo normativo no combate aos ilícitos lucrativos – que apenas se verá ampliado ante a tendência de enxugamento da intervenção penal –, o sistema sancionatório civil pode desempenhar papel crucial¹⁹².

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-44.

¹⁹² Perlingieri aponta que a propensão é de redescobrimto, por parte da responsabilidade civil, da sanção punitiva “como instrumento flexível de tutela”, internalizando a pena, tida no ordenamento liberal como algo circunscrito ao Direito Penal, no desiderato de oferecer proteção mais efetiva à dignidade humana: “A este tema está intimamente ligado o outro, concernente à possibilidade de se individuarem eventuais perfis punitivos nos instrumentos civilísticos de tutela e, especialmente, no ressarcimento do dano moral, chamado a exercer uma função mais que satisfatória, punitiva e, em qualquer modo, preventiva [...] Nos últimos decênios, as linhas evolutivas da responsabilidade civil são caracterizadas pelo surgimento da ideia de pena. O ressarcimento do dano biológico parece atrair uma lógica ‘parapenale’ que se acresce àquela de uma pura e simples reintegração patrimonial [...] essa tendência, que permitiria o reestabelecimento de relações mais homogêneas e corretas entre direito civil e penal, partes de um sistema único, idôneo para realizar finalidades preventivas, de desestímulo e, ao mesmo tempo, uma mais equânime distribuição dos ônus”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 152-156). Na mesma linha resume Flávio Higa, autor segundo o qual o “caráter ontologicamente intrusivo da sanção criminal promove uma relação de conexão e complementariedade entre ela e os demais mecanismos repressivos. Nesse diálogo de fontes, o Direito Penal intervém apenas nas condutas particularmente graves, atuando a pena como *ultima ratio*. Nos casos em que o Direito Privado puder atingir os mesmos objetivos e a reprovação pública extrema de uma condenação criminal não for necessária, deve-se permitir-lhe o desempenho desse papel”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 225-226). Perlingieri faz, ainda, a importante ressalva no sentido de que há uma “recíproca apropriação” entre responsabilidade penal e civil, pois que aquela também passa a se armar de um instrumental tipicamente civilista para satisfazer o interesse da vítima do crime, a deflagrar, ao fim e ao cabo, a ontologia comum dessas espécies de responsabilidades. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 152). Essa interlocução em via de mão dupla pode ser percebida na reforma do processo penal brasileiro ocorrida em 2008. Na ocasião, introduziu-se disposição segundo a qual o juiz criminal, ao condenar o réu, deve fixar um valor mínimo de indenização do dano experimentado pela vítima, podendo ela executar diretamente essa quantia sem

A pena do Direito Privado, por atingir o patrimônio do ofensor e sua liberdade econômica, submete-se ao princípio da legalidade – a questão será minudenciada adiante. No entanto, por não incidir sobre atributos da personalidade, seu grau de submissão a esta garantia constitucional é menor, podendo-se falar em mera legalidade e não estrita legalidade. Exige-se a descrição dos pressupostos de sua incidência, do seu objetivo racional e dos critérios de quantificação, mas não a pormenorizada tipificação da conduta ilícita passível de punição, como se faz necessário no âmbito criminal.

Dessa forma, a sanção punitiva civil, podendo operar por prescrições gerais, erigir-se-ia, por consequência, em instrumento mais flexível de proteção a interesses sensíveis, sendo meio mais maleável de repressão a comportamentos antissociais. Como afirma Perlingieri, a adoção de “perfis punitivos nos instrumentos civilísticos de tutela [...] permitiria superar os inconvenientes próprios da técnica penal¹⁹³”.

Ainda, não menos relevante é o fato de que, além de a pena do Direito Privado ser pecuniária, há vasta possibilidade de graduação do *quantum* punitivo na esfera cível, permitindo-se, assim, operar eficientemente no plano da lógica econômica. A iminência de o agente de mercado vir a experimentar um certo prejuízo como resposta a sua conduta antijurídica teria, pelas razões já expostas, maior efeito preventivo que aquele gerado pela ameaça de privação de liberdade ou restrição de direito de seus administradores. Seria, assim, mais eficiente e menos deletéria.

ter de se submeter a uma ação de conhecimento na esfera cível. Assim, garante-se celeridade à reparação do ofendido, introduzindo no processo penal uma preocupação que, se levada a efeito a separação estanque propugnada pela doutrina clássica, seria estranha a este ramo do Direito Público.

¹⁹³ O autor assevera que os próprios penalistas demonstram cada vez maior desconfiança em relação à eficácia da tutela penal dos direitos da personalidade. Tem-se nisso uma tendência da teoria e da prática, parecendo “desatender o favor concedido pelo legislador à sanção penal diante do surgimento de novas situações jurídicas subjetivas”. Explica o doutrinador italiano que, então, a escassa efetividade da tutela penal dos direitos da personalidade – e aqui podemos estender o raciocínio para a saúde pública e o meio-ambiente – alimenta “o debate acerca da oportunidade de prever em via exclusiva uma tutela civil para a hipótese de lesão aos direitos da pessoa. Isto permitiria superar os inconvenientes próprios da técnica penal que, em razão da necessária tipificação da conduta, acaba por deixar desprovidos de tutela os aspectos emergentes, ainda que merecedores de proteção. Além dos aspectos concernentes à efetividade das formas de tutela, parte da doutrina, tanto penalista quanto civilista, almeja um incremento das ‘alternativas civilísticas de tutela’ a fim de repristinar o papel de *extrema ratio* que o Direito Penal foi perdendo de maneira crescente no tocante ao setor econômico e fiscal”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 151-152).

É bem por isso que, como conclui Paolo Benazzo, a pena civil tem “a capacidade de acertar o alvo, com menos danos colaterais”¹⁹⁴.

Em adição, o Direito Penal, hoje descreditado ante seu abarrotamento com os ilícitos típicos da Pós-Modernidade, veria finalmente a ocasião para restringir-se às lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, podendo, ao agir eficientemente na tutela do núcleo essencial da vida, integridade física, liberdade e propriedade, retomar seu valor moral perante a sociedade – e assim sua eficácia¹⁹⁵.

Além disso, já advertia Ulrich Beck que a sociedade de riscos poderia trazer, como contraprojeto normativo, não a proporcional prevenção, mas um Estado Policial que viesse a ameaçar as garantias democráticas. Alertava o sociólogo que o Direito Penal não poderia ser indistintamente ampliado de modo a controlar os perigos abstratos da Pós-Modernidade sem que a democracia fosse colocada em xeque. É por isso que, mais do que um auxiliar na tarefa de repressão, a atividade preventiva em um Estado Social de Direito deve ser prevalentemente civilista, parecendo ser esta a resposta adequada para a fuga ao dilema de ou bem fracassar ante os ilícitos lucrativos ou bem revogar as liberdades pessoais mediante a constante recorrência a esteios autoritários¹⁹⁶.

¹⁹⁴ O autor é citado por Rosenthal, que completa sua passagem afirmando que “quando se cogita na doutrina criminal do tema da abolição das penas, isto não significa abolição da sanção punitiva. Na verdade, as sanções devem ser severas e ter a capacidade de golpear com maior precisão e prontidão [...] neste diapasão, dentro das alternativas civilísticas de tutela, a pena civil corresponde a uma profícua alternativa à Justiça Criminal, seja como alternativa à tendência minimalista do Direito Penal contemporâneo, ou a própria rigidez do processo penal e, sobretudo, ao estigma da condenação criminal”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 168).

¹⁹⁵ É essa a opinião de Daniel de Andrade Levy para quem a solução punitiva na esfera cível permitirá “que o Direito Criminal concentre seus esforços na tutela dos bens jurídicos de maior importância”, o que “restaurará a dignidade da disciplina”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 121). O espaço das sanções punitivas civis seria, portanto, o daquelas tantas ofensas que não são graves a ponto de reclamar a tutela extrema do Direito Penal, mas que ainda assim são repreensíveis, exigindo uma punição.

¹⁹⁶ Explica o sociólogo alemão que “juntamente com a ampliação dos perigos surgem na sociedade de risco desafios inteiramente novos à democracia. A sociedade de risco abarca uma tendência a um totalitarismo ‘legítimo’ da defesa diante do perigo, que, com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todos sabem ser praxe, algo ainda pior. Os ‘efeitos colaterais’ políticos dos ‘efeitos colaterais’ civilizacionais ameaçam o sistema político-democrático em seu domínio. Ele vê-se confrontado com o desagradável dilema de ou bem fracassar diante dos perigos produzidos sistematicamente ou então revogar, por meio de ‘esteios’ autoritários derivados do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia. Romper com esse dilema é uma das tarefas cruciais do pensamento e ação democráticos, tendo em vista o atual futuro da sociedade de risco”. (ULRICH, Beck, op. cit., p. 94-98). Assim também entende Rosenthal. Para o autor, servir-se, para a vigilância dos atores de mercado, da sanção criminal, significaria cancelar “as garantias democráticas do direito e do processo penal [...] a erosão do Direito Penal democrático somente pode ser evitada pelo abandono das responsabilidades preventivas do Direito Penal do perigo em favor de formas adequadas de governo nas áreas do direito civil [...] somente em um sistema que combine diversos

Por derradeiro, é de se recordar que hoje é o mercado, globalizado, quem atua com enorme poder difuso sobre os corpos e as mentes, produzindo os riscos da sociedade Pós-Moderna. Como lembra Rosenvald, seu primado alçou a esfera privada a “lugar de interesses gerais”, com o enfraquecimento das soberanias nacionais¹⁹⁷.

A regulamentação de comportamentos, por consequência, deve mesmo tocar prioritariamente ao Direito Civil, que se situa no nível de atuação dos agentes econômicos, e pode, assim como eles, atuar de modo fluído, como já se observa com a proliferação dos microssistemas civilistas.

Há, como leciona Daniel de Andrade Levy, uma “plasticidade” da responsabilidade civil que lhe permite infiltrar-se “em cada relação individual, criando uma infinidade de microcosmos normativos”¹⁹⁸. O instituto é dotado dessa capilaridade mormente pelo fato de que qualquer vítima “poderá ser portadora de determinada lesão social”, não se impondo à sociedade que reste à mercê dos sobrecarregados órgãos públicos de acusação¹⁹⁹. Para o autor,

daí advém a responsabilidade civil como expediente de controle social, canalizando as insatisfações resultantes do dano, verdadeira regulação difusa das condutas. A facilidade de acesso ao Poder Judiciário e os mecanismos relativamente simples da disciplina, por oposição às estruturas engessadas de disciplinas sancionatórias como o direito administrativo ou o Direito Penal, apenas corroboram esse fenômeno de expansão²⁰⁰.

tipos de sanções será possível conciliar um efetivo controle social com a preservação do máximo grau de liberdade dos cidadãos”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 169-183).

¹⁹⁷ Nas palavras do autor, “os processos de globalização da economia, as crises de soberania dos Estados Nacionais e o retraimento da esfera pública como lugar de interesses gerais abriram ao mercado e, conseqüentemente, ao Direito Privado, um novo primado da velha *lex mercatoria*. [...] o mercado não pode ficar à margem do direito, por força de um modelo de Estado de Direito que não admite a existência de poderes absolutos, imunes a regras e limites jurídicos. Mas, o que se percebe é uma progressiva redução dos limites legais ao exercício dos poderes econômicos, paralelamente a sua crescente expansão, acumulação e capacidade de condicionamento da vida civil e política, de forma a estrangular a esfera pública e, com ela, a liberdade e os direitos fundamentais. [...] o Estado é apenas um entre vários polos irradiadores de poder, capaz de agir no plano decisório de nossas vidas. Longínquo o tempo em que todos os perigos provinham da esfera pública. Hoje nossos receios provêm da esfera do privado [...]”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 217). Na mesma toada, Perlingieri enfatiza que, se antes, quando faltava uma disciplina heterônoma, algumas categorias de agentes econômicos, mediante atos de autonomia, regulavam sua própria atividade, hoje o caminho parece ser o inverso. Destaca o autor que, “na perspectiva de realização de um sistema de mercado leal e transparente, caracterizado por medidas idôneas de tutela da posição dos consumidores”, o direito civil pode se servir do modelo desses difusos Códigos de autodisciplina, progressivamente editando-se por fontes heterônomas. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 314-316).

¹⁹⁸ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 119.

¹⁹⁹ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 107.

²⁰⁰ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 27.

É dizer, a responsabilidade civil é de mais fácil acesso à população que a responsabilidade criminal – seja no que toca à forma de ingresso no judiciário, seja no que diz respeito ao conhecimento básico da disciplina –, garantindo uma maior adesão social a essa atividade de denúncia dos comportamentos antijurídicos no âmbito do mercado. Este instituto permite, assim, uma maior canalização das demandas coletivas por correção de condutas, aumentando a chance de a questão ser trazida a juízo e com mais celeridade, do que se restasse aos auspícios do sobrecarregado Ministério Público. Dessa forma, garante-se que o direito esteja mais próximo ao caso concreto e seja capaz de irromper de fontes difusas na sociedade, sendo o que se impõe no momento atual de “fragilização das soberanias e difusão de regulamentações no âmbito privado, à margem do poder estatal”²⁰¹.

Desse modo, quando se fala em um instituto funcionalizado à concretização da dignidade humana; e em uma sociedade que, ao contrário da crença inabalável na liberdade econômica, nutre o medo de um futuro que já se apresenta como problemático e que exige, de modo urgente, um comportamento solidário que se conjugue com a liberdade, a fim de se assegurar um desenvolvimento sustentável; não pode haver outra conclusão senão a de que a posição “absenteísta” da responsabilidade civil, que assiste passivamente aos riscos criados pelos empreendedores, não pode mais ter lugar²⁰².

O modelo clássico desse instituto, que o restringe à reparação de danos, nunca esteve tão em crise, devendo hoje ser substituído por uma responsabilidade civil que permita uma pragmática intervenção do Estado nas relações interprivadas,

²⁰¹ Com precisão conclui Rosenvald que “neste repensar sobre a esfera pública e as suas relações com a esfera privada do mercado, sustentamos que o setor da responsabilidade civil é apto a exercer importante função de garantia do ordenamento interno, tutelando a prevalência de direitos fundamentais e interesses gerais em contraste à expansão dos poderes privados. Isto se dará pelo recurso à sanção preventiva, como importante mecanismo operativo, capaz de garantir a liberdade dos cidadãos contra o arbítrio (não mais do Estado inimigo), mas do mercado desregulamentado, que comprime a autonomia dos privados e a tutela dos interesses públicos [...]”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 217).

²⁰² Como enfatiza Rosenvald, se optarmos pela manutenção da legislação no estado atual, a única resposta do ordenamento ao cálculo matemático de lucro do empreendedor será a compensação de danos. Trata-se de uma tutela paternalista *ex post* em favor da parte débil (no esforço hercúleo de reintegrá-la a um *status quo*), pela escolha de um sistema jurídico absenteísta que opta por acreditar na inerente capacidade de autorregulamentação do mercado, olvidando-se da própria definição de Estado Democrático de Direito”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 221)..

sem que se tenha de recorrer ao extremo do Direito Penal, o que levaria à revogação das tão caras liberdades individuais²⁰³.

Em outras palavras, adotadas as premissas deste trabalho, a prevenção é o princípio a ser assumido pela responsabilidade civil no objetivo de disciplinar o respeito, pelo mercado, à dignidade dessa e das futuras gerações, auxiliando na tarefa do direito Pós-Moderno de conduzir a sociedade a um desenvolvimento sustentável.

Afinal, como destacam Perlingieri e Stefano Rodotà, insita à ideia de Estado Social de Direito está a sobreposição das razões de mercado pelo valor da pessoa humana²⁰⁴, sendo a pena civil, como assevera Rosenvald, meio adequado para lembrar às sociedades empresárias que é o homem, e não o lucro, “a medida jurídica do agir econômico”²⁰⁵.

Essa crítica a uma responsabilidade civil preventiva, ante todo o exposto, não pode prosperar. Em uma sociedade que proclama efetiva proteção contra os comportamentos antissociais praticados no âmbito de mercado, responsáveis – ou melhor, hoje irresponsáveis – pelos riscos de danos graves e irreversíveis da Pós-

²⁰³ Resume Rosenvald que “o que se quer é assegurar, de forma equilibrada, o espaço de liberdade do indivíduo, acrescida de uma eficiente tutela do ‘sujeito deficitário’, predispondo adequados mecanismos de contenção e de compensação contra poderes e riscos a que ele está exposto [...] se a postura do legislador for pelo incentivo do individualismo responsável, o empresário conhecerá os critérios objetivos de atuação diligente em seu setor por meio de normativas específicas, determinadas e, portanto, eficazes. A sua opção por não obedecer às regras será sujeita a um juízo negativo de valoração pelo Direito Privado através da pena civil [...] Nesse desiderato, se propaga, no direito civil, uma série de instrumentos que permitem prevenir o ilícito antes que se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal [...]”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., passim).

²⁰⁴ (RODOTÀ, Stefano *apud* TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 488 p). Como ensina Perlingieri, a história confirma que “a institucionalização do mercado não pode deixar de assumir um garantidor externo”. Nessa tarefa, “o ‘bom direito’ não se coloca ao exclusivo ou prevalescente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação (e o exaurimento) dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial-contratual. O ‘bom direito’ não somente garante a conservação da realidade, como naturalmente e espontaneamente ela se cria e se desenvolve, mas antecipa e promove a transformação da sociedade, para realizar no seu bojo, compativelmente com os recursos, as maiores chances de vida livre e digna para todos. O ‘bom direito’ é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, transformando-os em ‘privilégios’, mas, ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundi-los generosamente, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. Ao propor a conciliação entre interesse individual e interesse geral ‘atribui-se um suporte significativo, em termos morais, à economia de mercado’”. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 509).

²⁰⁵ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 115.

Modernidade, as responsabilidades civil e penal devem conjugar seus esforços e comunicar seus instrumentais^{206 207}.

Manter tais institutos, acriticamente, enquanto estrutura que foi moldada nas codificações oitocentistas – produto de uma sociedade que restou sepultada já no início do século XX –, apenas por apego à tradição, é relegá-los à ineficácia²⁰⁸. Ao se fazer isso, fecham-se os olhos para o fato de que o Direito Penal não é capaz de desempenhar sozinho o papel preventivo, e para a circunstância de que a responsabilidade civil, em seu atual desenho, em pouco ou nada auxilia nessa tarefa tão fundamental.

Em conclusão, antes de ser instrumento anacrônico, incivilizado, e por isso inadequado ao ordenamento contemporâneo, a solução preventiva na esfera cível, respeitados os pressupostos e critérios de quantificação da pena²⁰⁹, oferecer-se-ia não como obstáculo a, mas como condição para, uma desejada afirmação da “prevalência da pessoa e sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito”^{210 211}.

²⁰⁶ Como sintetiza Rosenthal, a prevenção, e a pena civil que a concretiza, revestem a responsabilidade civil com um “perfil transformador de uma sociedade plural e complexa, cujo ordenamento deseja inibir danos que ofendam interesses transindividuais”. O que se busca é não mais a certeza do direito, no sentido de sua previsibilidade, mas uma segurança substancial. (ROSENTHAL, Nelson, op. cit., p. 79).

²⁰⁷ Nada diferente do que, com impressionante atualidade, propugnava Boris Starck no primeiro quinquênio do século passado: “Beaucoup de délits autrefois sanctionnés pénalement ne sont aujourd'hui sanctionnés que par le droit civil et inversement. Telle faute dommageable, hier inconnue par les lois criminelles, fait aujourd'hui l'objet d'une incrimination. Une seule chose reste au-dessus de ces vicissitudes: la nécessité d'une politique de prévention des dommages dus à la faute de l'homme. Dans ce but, le droit pénal et le droit civil conjugueront leurs efforts [...] la prévention des dommages est un objectif que l'ordre juridique ne peut ignorer. – le droit pénal proprement dit n'est pas à même, à lui seul, d'assumer toute la tâche de la prévention. – Le droit privé, particulièrement celui de la responsabilité civile, est à cet égard l'auxiliaire du droit pénal. – La peine civile se traduit essentiellement par un supplément d'indemnité qui s'ajoute à l'obligation de garantie [...]”. (STARCK, Boris, op. cit., p. 384 e 396).

²⁰⁸ Como arremata Daniel de Andrade Levy, é preciso observar “a desproporção entre as consequências danosas de certos riscos atuais, passíveis de questionar a própria vida humana, e o apego doutrinário e jurisprudencial aos elementos tradicionais da responsabilidade civil [...] o objetivo de proteção do indivíduo em sua dignidade humana marca a necessidade de antever cenários futuros a fim de evitar a ocorrência do dano”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 155).

²⁰⁹ Disso se tratará adiante.

²¹⁰ Na acurada síntese de Rosenthal, “A defesa da liberdade do mercado e da autorregulação da livre iniciativa encontrava coro na neutralidade da técnica reparatória”. No entanto, com o câmbio do Estado liberal para o Estado Social, tem-se por decorrência o “questionamento da neutralidade da justiça”, o que reflete na admissão das sanções punitivas civis. A sociedade, que passou a exigir um “Estado comprometido com as transformações sociais e a efetivação de direitos fundamentais, percebe que os interesses tutelados no mercado não são apenas os dos empreendedores. Além destes, concorrem interesses de trabalhadores, consumidores, e da coletividade em geral, com relação aos bens difusos. A necessidade de conjugar todas estas posições jurídicas impõe que a

Todavia, cumpre, ainda, mencionar que, alguns autores, apesar de no plano prático não discordarem dessas conclusões, entendem que não se estaria mais a falar de responsabilidade civil. O desenlace faria nascer outro instituto, porquanto aquele tem como finalidade a reparação e não é acionado se não em presença de um dano – crítica que foi referida, anteriormente, pela alínea “b”.

A discussão, aqui, é meramente formal. Não se debate a possibilidade de uma prevenção de danos na esfera cível, mas apenas se isso poderia ser chamado de responsabilidade civil.

Bruno Câmara Carrá, em seu livro “Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica”, defende enfaticamente essa objeção. Nas palavras do autor, “sem dano não existe responsabilidade a ser exercida, porque não há o que reparar [...] a reparação, seu escopo natural, é o fim a que tende [...] o dano nada mais é do que a causa material da responsabilidade civil”²¹².

Veja-se, no entanto, que o raciocínio é circular, e já contém em si uma enunciação de princípio: sem dano não há falar em responsabilidade porque a finalidade do instituto civilista é, para o autor, a reparação^{213 214}.

liberdade de mercado seja, além de liberdade de acesso ao mercado, uma regulação de interesses, segundo a lógica democrática. A atuação preventiva da pena civil no setor da responsabilidade civil objetiva conciliar a liberdade de competição com a tutela da saúde e segurança dos indivíduos; correção nos comportamentos; transparência nas relações; completa informação a todos os operadores; equidade no tratamento dos destinatários de bens e serviços”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 107).

²¹¹ Cyril Sintez, em combate à tese evolucionista da responsabilidade civil, destaca que “de nos jours, on assiste également à un regain de la notion de peine privée qui semble contredire la thèse évolutionniste. Par exemple, la faute lucrative comme les activités de concurrence déloyale appellent naturellement ‘une augmentation des dommages et intérêts au-delà de la valeur du préjudice permettant d’assurer efficacement la répression de ces fautes que leur auteur a intérêt de commettre parce qu’il tire de l’activité dommageable un profit supérieur à la condamnation encourue ». Para este doutrinador, se bem compreendida a lógica da pena civil, como “ayant pour but la prévention des comportements illicites telle que l’astreinte », enquanto instrumento que permite « éviter tout désordre », ver-se-á, como é a conclusão do presente tópico, que sua assimilação pela responsabilidade civil nada tem de bárbaro ou retrógrado. (SINTEZ, Cyril, op. cit., passim).

²¹² CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 15.

²¹³ Esse mesmo silogismo pode ser percebido em passagem de Savatier: “la responsabilité civile ne permet que la réparation des préjudices subis; la cessation d’un état de chose illicite n’est pas une véritable réparation ; d’où s’infère nécessairement que la cessation de l’illicite ne relève pas de la responsabilité civile ». (SAVATIER, René *apud* BLOCH, C. **La cessation de l’illicite**. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. Préc, nº 224, p. 205).

²¹⁴ No *common law*, em que se tem uma visão mais pragmática do direito e que, como destaca Daniel de Andrade Levy, os ramos do ordenamento jamais são visualizados como fronteiras inabaláveis, a afirmação de que a finalidade de um instituto tão essencial à vida social é a mera reparação de danos é veementemente rechaçada pelos tribunais. A esse respeito merece transcrição excerto de decisão proferida pela Court of Appeal Inglesa em 1972: “não se pode ter como minimamente certa, mesmo

Como observa Cyril Sintez, a resposta a essa crítica é, portanto, condicionada. A incidência de uma sanção punitiva no âmbito do Direito Privado, face à mera conduta ilícita, faz disso algo descolado do direito da responsabilidade civil? Sim, se se pensar no conceito clássico do instituto; não, se se o enxergar à luz do novo paradigma. Se se reconhece que a responsabilidade civil deve desempenhar também uma função preventiva, então a pena privada será um integrante do instituto²¹⁵.

É de se repisar que a visão adotada neste trabalho, é certo, transcende o que tradicionalmente se denomina responsabilidade civil. Isso, contudo, não se erige em óbice ao que se busca, que é um instituto que, em compasso com a realidade contemporânea, esteja funcionalizado à tutela de interesses fundamentais, ainda que fuja de seu desenho clássico. O apego à tradição, entende-se, não deve superar o objetivo de realização dos vetores constitucionais.

Trata-se, como sublinha Catherine Thibierge, de uma revolução no conceito de responsabilidade civil. No entanto, eis uma revolução necessária à qualidade de vida, ao meio-ambiente, à saúde pública e às condições de habitabilidade dessa e das futuras gerações²¹⁶.

Não à toa se enfatizou, ao início deste estudo, que a mudança que se quer ver implementada na responsabilidade civil hoje talvez seja delas a mais radical. Isso porque a transformação que se almeja não permanece interna ao paradigma da liberdade, ao modelo reparatório, mas cobra outro conceito do instituto, o que naturalmente é acompanhado de resistência por parte de uma doutrina mais conservadora.

do ponto de vista teórico, a ideia de que o objetivo da Responsabilidade civil é a compensação, ou bem de que esse deveria ser seu objetivo, se tratando de questão social das mais importantes, ou bem a ideia de que há algo de inapropriado ou de ilógico ou de anômalo (questão puramente terminológica), em incluir um elemento punitivo no instituto, ou, ao contrário, pensar que o Direito Penal, mais do que o direito civil, em tais casos é melhor instrumento para expressar a desaprovação social [...]”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 53).

²¹⁵ (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 159). Na mesma esteira sustenta Glenda Gonçalves Gondim. A autora enfatiza que a responsabilidade civil pode ser entendida como a resposta face a um comportamento contrário ao ordenamento jurídico civilista. Nessa singra, pode-se compreender, à vista de uma “necessária preocupação pelo direito na ampla proteção da pessoa”, que sua finalidade é prioritariamente preventiva, e em consequência suas sanções não precisam ser necessariamente reparatórias, podendo ter como “objetivo evitar a ocorrência do dano, impedir que a lesão continue a ocorrer, ou apresentar adequada solução quando o dano tenha ocorrido efetivamente”. (GONÇALVES GONDIM, Glenda, op. cit., p. 269-270).

²¹⁶ THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 2.

No entanto, a capacidade da responsabilidade de se adaptar já foi muitas vezes demonstrada²¹⁷. E, para essa mudança, tudo nos chama: a urgência de nossa atualidade, o desejo de uma melhor qualidade de vida, nossos valores constitucionais. Cumpre, então, impulsioná-la²¹⁸.

2.3 ASPECTOS DO NOVO INGRESSO DA CULPA NO DIREITO PRIVADO: SEU PAPEL E A NECESSIDADE DE PREVISÃO DA PENA CIVIL EM LEI

A próxima objeção a ser analisada foi assim resumida anteriormente: “c) reintroduzir a culpa no âmbito da responsabilidade civil seria retroceder nos avanços que, à luz do princípio da garantia da vítima, viram-se concretizados nas últimas duas décadas”.

Tornou-se lugar comum na doutrina nacional afirmar que, em homenagem ao princípio constitucional da solidariedade social, o interesse na reparação do ofendido deve prevalecer em detrimento daquele de punição do agente transgressor. Consequência natural, assim, que a culpa, sensor de reprovabilidade da conduta do ofensor, desapareça²¹⁹. Há nesse raciocínio, no entanto, um anacronismo, levando a uma crítica inconsistente.

²¹⁷ Como lembra Rosenvald, trata-se, a responsabilidade civil, de uma expressão fluída, que sempre imprime o *zeitgeist*, sendo moldada de acordo com a dimensão temporal e espacial. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 21). José de Aguiar Dias e Pontes de Miranda, na mesma linha, recordam que a tarefa de definir as funções que a responsabilidade civil deve cumprir não é fácil, nem a resposta é perene. Isso porque novas atividades humanas surgem, os valores da sociedade transmudam-se, as exigências da coletividade modificam-se, e a responsabilidade civil a estes fatores responde. Deve, portanto, ser instituto dinâmico, flexível o suficiente para adaptar-se a tais contingências, sob pena de ser ineficaz. (DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 25).

²¹⁸ “Por que continuar a defender um ‘dano moral punitivo’? porque que não confessamos logo a demanda social por uma função normativa da disciplina?” É o que pergunta Daniel de Andrade Levy. O autor sugere que a doutrina possa, “nessa interminável peça teatral, retirar a poeira das categorias já existentes, a fim de fornecer novos instrumentos para o debate social [...] trazer para o debate doutrinário percepções que possam justificar novos institutos, novas categoriais, novos movimentos, novas leis, novos posicionamentos da jurisprudência, sem que seja necessário ficar constrangidos no âmbito de categorias dogmáticas já existentes”. Dessa forma, ao ver do autor, pode-se contribuir para que “a jurisprudência se forme mais naturalmente, consoante novos princípios e conceitos, mas também a incitar o legislador a caminhar em direção ao que entendemos será o futuro da disciplina”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 257).

²¹⁹ Essa objeção é formulada, a título de exemplo, por Anderson Schreiber, autor segundo o qual “enquanto a responsabilidade parece dirigir-se à libertação do propósito inculpador – e a ampliação da responsabilidade objetiva no novo Código Civil é claro reflexo disso – as cortes brasileiras permanecem, em tema de reparação do dano moral, atreladas a parâmetros de nítido teor punitivo, relacionados à conduta e à pessoa do causador do dano”. (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002, p.11). Também assim afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “a transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a

Em uma análise rápida, o equívoco se faz compreensível: viu-se que a culpa produzia muitas injustiças outrora, fazendo recair sobre os mais pobres os custos dos danos do desenvolvimento. Assim, reinseri-la no âmbito da responsabilidade civil poderia parecer um retrocesso²²⁰.

Todavia, o argumento apenas valeria se a culpa fosse reintroduzida naquelas mesmas bases, isto é, como filtro do dever de reparar. Fosse o caso, evidentemente impor-se-ia, como em outros tempos, óbices à garantia da vítima, e a objeção haveria de prosperar.

Mas não é. O que se propõe, com a assimilação do princípio da prevenção, é não uma atenção da responsabilidade civil que se divida entre vítima e ofensor, mas que adicione esta última visão sem prejudicar a outra. Como destaca Daniel de Andrade Levy, o grande desafio do pesquisador que propõe a duplicação deste instituto é lembrar, justamente, que é possível falar em regulação de comportamentos no Direito Civil sem que o ofendido se veja prejudicado²²¹.

Para tanto, indispensável delimitar os campos que devem restar iluminados por cada vetor normativo.

influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código Civil de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código Civil de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. Desta forma, a responsabilidade civil desvincula-se de ideia de punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optando o ordenamento por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva**. In: Revista dos Tribunais, v. 95, n. 854, p. 19, dez. 2006). Cyril Sintez, notando a mesma generalizada aceção por parte da doutrina francesa, assim resume a lição usualmente reproduzida em seu país acerca do tema: "l'histoire est connue [...] la responsabilité civile s'est dégagée progressivement de l'idée de répression de l'auteur du préjudice en se focalisant sur l'indemnisation de la victime". (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 169).

²²⁰ Sebastián Picasso é dos que defendem a ideia de que se teria, com isso, um retorno ao passado. O autor, em seus escritos sobre os "danos punitivos", assim destaca: "esta última centúria esteve signada, casi en su totalidad, por una lucha doctrinal, jurisprudencial y – más tarde – legislativa para abandonar aquele esquema represivo – que era todavía tributário de etapas tempranas de la historia del derecho occidental (el derecho romano primitivo, el derecho medieval) – y consagrar la reparación de los daños injustamente sufridos como única finalidad del sistema. Pero, paradójicamente, ahora que finalmente se alcanzó este último objetivo, y antes de que las armas empleadas en aquella larga y tortuosa batalla hayan sido siquiera enfundadas nuevamente, surge múltiples voces pregonando nuevas finalidades, nuevos objetivos, nuevas 'funciones', entre las que se encontraría, muy particularmente...el castigo del responsable!". (PICASSO, Sebastián, op. cit., p. 1).

²²¹ Na mesma linha já destacava Boris Starck, lecionando que "sauvegarder l'effet préventif de la responsabilité civile, tout en ne diminuant pas la garantie des victimes, tel est actuellement le point névralgique [...] ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 491). Assim também enfatiza Cyril Sintez: "la peine privée ne peut donc pas être conçue comme l'antithèse de la réparation en responsabilité civile [...] parce qu'elles ne se substitue pas à la réparation mais s'y adjoint, est une véritable sanction de nature répressive ayant pour finalité la prévention ». (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 118).

A reparação da vítima, em razão da incidência do princípio de garantia, deve seguir sem inferência à culpa do ofensor, limitando-se ao dano em sua extensão. Só assim é possível prestar uma indenização de forma célere e incondicionada.

No entanto, e eis a sede do equívoco, dizer que a compensação do ofendido não deve estar atrelada à investigação da conduta do transgressor não significa afirmar que o seu comportamento [do infrator], quando repreensível, deva restar sem importância no âmbito da responsabilidade civil²²². O que a delimitação do princípio de garantia da vítima nos indica é que deve haver momentos sucessivos: primeiro a reparação do lesado, sem fazê-la depender da prova da culpa do lesante. Depois, caso atestada, em outro momento, a conduta repreensível do ofensor, sua punição – para a qual a culpa, que deflagra a existência de espaço para a adoção de medidas de cuidado, é requisito indispensável^{223 224}.

²²² Essa percepção é de Boris Starck, que assim leciona: “etabir que la victime d'un dommage peut en obtenir réparation dans la plupart de cas sans être obligée d'invoquer la faute, prouvée ou présumée, de celui qui l'a causé, ne doit pas nous conduire à affirmer que la constatation d'une faute à l'origine du dommage restera sans influence sur la responsabilité civile. Si la faute du défendeur n'est pas toujours la condition nécessaire de sa condamnation à réparer, sa présence introduit parmi les données de notre problème un facteur nouveau dont il nous appartient maintenant de mesurer la portée [...] un système de responsabilité qui proclame que la constatation ou l'appréciation de la faute de l'auteur du dommage est inutile ou indifférent, c'est un système qui compromet irrémédiablement la fonction préventive du Droit ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 354). Ensina este autor que a reparação deve “tenir compte du préjudice et du préjudice seul”. Mas, quando constatado que o dano – ou o risco de dano – foi “résultat d'agissements fautifs”, “le débat change de plan”, e a função preventiva, através de uma parcela pecuniária autônoma, deve ser chamada a “compléter la fonction de garantie”, integrando o outro vértice da responsabilidade civil. (STARCK, Boris, op. cit., p. 413-414). É justo o que se propõe no presente trabalho.

²²³ Com muita razão Boris Starck afirma, assim, que “au mouvement contemporain vers une responsabilité objective *s'oppose*, disent les uns, mais il est plus vrai dire *s'ajoute* un autre mouvement, parallèle [...] on lui [à la faute] insuffle une vie nouvelle, on l'apprécie, on la pèse et on lui fait tenir un place honorable ». (STARCK, Boris, op. cit., 377).

²²⁴ Para Daniel de Andrade Levy, “o que se vê claramente é a dificuldade em se aceitar uma disciplina com duas vertentes. Vítima e ofensor exigem sistemas próprios e, ao mesmo tempo, antagônicos, já que o primeiro prescindirá totalmente da análise do elemento subjetivo do agente, quando o segundo ressuscitará a culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil. Uma disciplina ‘esquizofrênica’, segundo alguns, fundada, de um lado, na objetivização crescente da indenização e, de outro, na subjetivização crescente da conduta”. Destaca o autor que, no entanto, “esquizofrênica só será se permanecer reunida no mesmo corpo”. É necessário bifurcar o instituto. “A culpa, cujo afastamento como requisito na responsabilidade objetiva parecia sinal de evolução, reassume um papel primordial [...] não se veja neste retorno da culpa um elemento de involução do sistema; trata-se, na verdade, da pedra fundamental de um novo conjunto. É a culpa e, mais amplamente, a conduta do ofensor, que guiará o Direito das Condutas Lesivas [...] se, durante muito tempo, o esfacelamento da culpa serviu para facilitar a indenização da vítima e que, agora, tal ressarcimento poderá ser assegurado por outros mecanismos, então é possível retornar à culpa sem prejuízo da vítima. Este é o ponto central da construção: a perspectiva de dois sistemas autônomos permite que coexistam reparação eficiente e prevenção de condutas, sem que um venha prejudicar o outro [...] somente uma construção metodológica independente poderá dar conta de suas especificidades [...] pois a discussão sobre quem responderá pelo dano não ocorrerá mais no ‘momento da indenização’, mas em um momento posterior, quando a vítima já tiver sido ressarcida. É nesse segundo momento

O que se rechaça, assim, é a fixação da reparação e da punição concomitantemente, sob um eixo único, através da mesma quantia pecuniária, sem se divisar os princípios que devem reger o “Direito de Danos” de um lado, e o “Direito das Condutas Lesivas” de outro²²⁵.

Patrice Jourdain, á muito percebendo essa confusão, já afirmava que *“expurgée des scories qui l'encombrent par une clarification de ses frontières”*, a responsabilidade civil sairia fortalecida em ambos os desideratos²²⁶.

Outro autor francês, André Tunc, adiciona que é a própria solidariedade social – em que se embasa a crítica em análise – que muitas vezes exigirá que se vá além da reparação do lesado.

Para o jurista, esse postulado constitucional deve ser identificado não com o legítimo interesse à compensação pecuniária, mas com o direito de cada pessoa humana de ter sua dignidade afirmada da forma mais organizada e efetiva possível – com os deveres daí decorrentes.

Isso envolve, a seu ver, além da célere e incondicionada indenização do ofendido, eventualmente a punição do ofensor que tenha violado o padrão de cuidado, no desiderato de proteger todas as potenciais vítimas face à possibilidade de repetição daquela conduta ilícita²²⁷.

que a disciplina preencherá a sua nova função, punitivo-preventiva”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 220-225).

²²⁵ No escólio de Daniel de Andrade Levy, “a responsabilidade civil tem sido esticada em duas diferentes direções: uma que busca regular condutas e outra que procura reparar eficientemente. É esse duplo caminhar que demonstra a insuficiência de um eixo único, impondo-se uma nova sistematização da disciplina [...] de um lado, um Direito das Condutas Lesivas, interessado apenas na regulação preventiva de condutas ofensivas; de outro, um Direito de Danos, inclinado apenas na dinâmica das indenizações”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., passim).

²²⁶ (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 179). No mesmo sentido a excepcional percepção de Boris Starck: “Après nous avoir aidé à découvrir l'idée et le domaine de la garantie, c'est-à-dire le domaine de cette sécurité 'inconditionnelle' sans laquelle nulle société ne pourrait subsister, son deuxième mouvement nous fera apparaître une autre donnée permanente du droit, une autre nécessité sociale irréductible : la fonction, non seulement réparatrice, mais, le cas échéant, répressive et préventive de la responsabilité civile ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 379).

²²⁷ « Un certain nombre de penseurs socialistes faits les avocats de l'abandon de la faute pour la promotion d'une socialisation du droit. D'une manière plus précise, ils considéraient qu'un droit modern de la responsabilité devait être fondé sur la considération, non pas de fautes de l'auteur du dommage, mais de l'intérêt social qu'il y avait à indemniser les victimes. [...] d'un autre côté, l'intérêt social peut justifier une politique de prévention de conduit anti-sociales [...] la fonction du juge n'est cependant pas de juger un homme. Le juge a des devoirs à l'égard de la société. Il est comme le Créon dans l'Antigone d'Anouilh, remontant ses manches de chemise. Il doit contribuer à la protection de la société contre les actes anti-sociaux. C'est la un des objectifs des responsabilités pénale et civile [...] La philosophie austère de l'individualisme a été remplacée par un effort partiel d'assurer un droit à un niveau de vie raisonnable [...] au premier abord, on pourrait croire que les deux philosophies [de la faute et de la responsabilité objective] s'excluent mutuellement [...] en fait, le plus souvent elles coexistent, aussi bien dans les pays socialistes que dans les autres. Cela est

Na prevenção estaria, assim, o outro lado da socialização da disciplina. A solidariedade social, como é sabido, nos dirige a enxergar o conflito para além das partes em litígio. Viu-se que este princípio constitucional levou, quando da revolução industrial, a políticas públicas de diluição dos custos dos danos para a reparação das vítimas. Na sociedade de riscos, esse vetor normativo leva agora a visualizar, a partir da conduta mal-intencionada daquele ofensor, o interesse social na evitação de novos danos, do qual a vítima que levou a questão a juízo é senão porta-voz²²⁸.

Boris Starck, percebendo essa mesma circunstância, ressalta que a asserção é especialmente verdadeira quando se está diante de interesses existenciais, para os quais a indenização não retorna o ofendido ao *status quo ante*, sendo capaz de entregar-lhe apenas uma satisfação aproximativa. Assim, quando um atentado aos atributos da personalidade ocorre, o ordenamento já falhou na

nécessaire. Le principal problème du droit de la responsabilité civile à l'heure actuelle est précisément de délimiter les champs respectifs et les rapports légitimes de la responsabilité pour faute et des moyens collectifs d'indemnisation ». (TUNC, André, op. cit., p. 100 et seq).

²²⁸ Pierre Pratte ensina que « il faut cependant reconnaître que les dommages punitifs ont la capacité d'aller au-delà des seuls intérêts de la victime : d'un contexte strictement privé où la cour arbitre un différend qui oppose deux adversaires, la sanction exemplaire peut devenir le véhicule permettant de sortir de ce cadre traditionnel pour atteindre une dimension plus large. Il n'est pas impossible que la mesure spéciale soit utilisée par le tribunal comme un outil (une sorte de porte-voix) lui permettant d'être entendu par d'autres oreilles que celles du défendeur et ce, dans le but de protéger au-delà de l'intérêt particulier du demandeur [...] tout le groupe (locataires, consommateurs, etc) peut tirer profit d'une leçon donnée à un contrevenant, en raison de l'intimidation produite chez les autres débiteurs. S'adressant à ces tiers, à travers la sanction imposée, le juge leur dirait : 'ça suffit pour les uns et n'osez pas commencer pour les autres' ». (PATTRE, Pierre, op. cit., p. 515). Na mesma linha leciona Glenda Gonçalves Gondim, destacando que “a justiça distributiva e a solidariedade social impõem a construção de um novo modelo, baseado em uma coletivização dos danos, arcando toda a coletividade com um dano sofrido por um único indivíduo, bem como a verificação de que se um indivíduo venha a sofrer o dano, que tal lesão atinge indiretamente os demais e medidas devem ser adotadas para evitar que diretamente estes sejam atingidos. Assim, há uma responsabilidade civil que tem a preocupação comum de reparação do dano e uma preocupação de não lesar uma coletividade. Ou seja, tanto pelo vértice da reparação e o seu responsável, como pelo vértice da própria vítima, há uma coletivização da responsabilidade civil”. (GONÇALVES GONDIM, Glenda. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná, 2015, p. 131). Daniel de Andrade Levy, partilhando dessa opinião, enfatiza que, nos EUA, “[...] fundamento mais publicista é encontrado em Estados como Wyoming, cuja Suprema Corte declarou que ‘a punição do ofensor e a proteção da sociedade e da ordem social são pressupostos que devem ser considerados como base da doutrina dos danos exemplares’. Finalmente, a função preventiva dos *punitive damages*, verdadeira tendência não apenas americana, mas de diversos outros países de cultura ocidental, tem sido muito ressaltada sob uma ótica socializante. Observa-se uma ‘função social do litígio’, que deve servir não só ao ressarcimento do autor, mas como pretexto para o questionamento de determinada conduta à luz de seus efeitos sobre toda a coletividade”. Sob o conceito da indenização punitiva, da pena civil ou do dano social (a questão é apenas de nomenclatura), tem-se, ao ver do autor, “um efeito preventivo típico de uma disciplina coletivizada”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil... op. cit., p. 57 e 175). Assim também anota Rosenvald, destacando que « o direito não pode ser excludente, nem tampouco a responsabilidade civil. Em seu genuíno alcance e preocupação já não mais se inclui privativamente a vítima no centro de suas atenções, porém, a todos que potencialmente podem vir a sê-lo”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 28).

missão de prestar ao cidadão ofendido seu direito a uma sociedade justa e solidária²²⁹. Pode-se ampliar o raciocínio do autor para concluir que, quando se fala na criação de riscos de danos graves e irreversíveis há, para além do direito a reparação – aqui imperfeita –, um direito de todos de não vir a ser vítima dessa espécie de conduta²³⁰.

Michel Villey, Paul Ricoeur e Hans Jonas dão substrato filosófico ao que ora se destaca. Como visto, os autores apontam que, para a sociedade contemporânea, faz-se necessário pensar uma nova ética, direcionada ao futuro, em que o comportamento solidário esteja identificado com o cuidado ao outro vulnerável, com o agir em favor das condições de existência – físicas e sociais – dessa e das futuras gerações.

O senso de responsabilidade, enfatizam direta ou indiretamente estes filósofos, deve ter seu sentido pleno recobrado, para significar não apenas imputação causal de danos, mas principalmente responsabilidade pelo que há a ser feito.

O comportamento solidário na sociedade Pós-Moderna redundaria, assim, prioritariamente, em uma obrigação de adotar uma conduta prudente, cuidadosa, proba, que passe pelo crivo do paradigma do desenvolvimento sustentável. Se

²²⁹ O excerto merece transcrição : « Un homme est tué ou mutilé, à quelle somme s'élève la valeur exacte de sa vie ou de l'intégrité de son corps ? Quel est le prix de la douleur ? Quelle somme rachètera l'honneur terni, l'affection blessée ? Quelle indemnité réparera intégralement les ennuis résultant d'un voisinage gênant ? Dans tous ces cas, dans d'autres encore, l'indemnité accordée n'est qu'une satisfaction approximative. Parler en ces matières de réparation intégrale, c'est proposer une formule vide de toute substance ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 404).

²³⁰ Nessa mesma linha, Giselda Hironaka assevera que “o momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que cada vez mais ganha destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais vir a ser vítima de danos. Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço o sistema da responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigma da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, a. 56, n. 364, p. 43, fev. 2008). Assim também defende Graciela Nora Messina de Estrella Gutierrez, destacando que a sociedade de riscos “está exigiendo hoy una reformulación de la responsabilidad, es decir, la necesidad de la prevención de daños que no son adecuadamente protegidos con la técnica del resarcimiento [...] la prevención de los daños responde a un principio de eficiência” na tutela da dignidade humana, da saúde pública e do meio-ambiente, “para los cuales, la reparación como sistema de protección es completamente insuficiente”. (ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. Messina. Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna. **Jornadas de derecho civil**: Buenos Aires. Disponível em <<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Messina-de-Estrella-Guti%C3%A9rez-Graciela-1.pdf>>. Acesso em 20/12/2019).

voluntariamente violado esse padrão de comportamento ético, o ofensor deve atrair, além da obrigação de reparar, uma pena, que reforce a coercibilidade da norma²³¹.

Pierlingieri, partilhando dessa visão, ressalta que não há que se falar em concretização da solidariedade constitucional quando os agentes econômicos são livres para lesar desde que paguem a indenização. Para o autor, a solidariedade social não se conforma com uma conduta passiva frente aos danos. O que se tem nessa fórmula de responsabilidade civil é, ao contrário, uma reificação da pessoa, que tem sua dignidade monetarizada, ou seja, tratada como mero objeto de mercado²³².

²³¹ Rosenthal afirma que, mediante o “apelo ao valor da ‘ética’ e ao princípio da solidariedade nas relações econômicas”, “a orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação de danos já cometidos. Com base nisso, tornar-se-ia possível reconstruir um conceito contemporâneo de responsabilidade”. Enfatiza o autor que, “por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Mas aquele era o mundo das relações interindividuais. Atualmente, no campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento. Este é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa. Concluindo, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto agente moral apto a aceitar regras –, como substituir a ideia de reparação pela de precaução, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da prudência. [...] a responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva – em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos –, acrescida de uma orientação prospectiva. [...] para a proteção dos valores da pessoa – com relação aos quais o mercado é frequentemente indiferente –, propõe-se o recurso ao mecanismo da solidariedade para que prevaleçam os direitos da pessoa sobre as decisões econômicas. [...] O preceito primário da pena civil se volta não à proteção isolada do interesse patrimonial do sujeito, mas a um interesse geral, de ordem econômica e social, pautado na manutenção da segurança e da transparência das relações desenvolvidas nos diversos setores da sociedade pós-industrial, de forma a que estas atividades sejam conduzidas por sujeitos qualificados e vigilantes”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., passim).

²³² Nas palavras do jurista italiano, “torna-se novamente atual o debate, na realidade nunca exaurido, sobre o papel da culpa, ou melhor, do perfil subjetivo no sistema da responsabilidade civil. Elemento este não excluído por quem, identificando o fundamento da responsabilidade civil no princípio solidarístico, propugnou o ‘deslocamento da atenção do autor do dano para a vítima’ e atribuiu ao ressarcimento papel de remédio para o dano, não de sanção para a ilicitude. Na realidade, à solidariedade se adapta não apenas o conteúdo do direito do lesado ao ressarcimento do dano sofrido, mas também o dever de comportamento do agente. O agir dos sujeitos, por força do cânon solidarista, se deve uniformizar a parâmetros constitucionais: daí a iniquidade das soluções voltadas não apenas a distinguir, mas a separar a responsabilidade do ilícito”. É dizer, o autor enfatiza que o caráter fundamental do princípio da solidariedade “não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do dever-fazer”, emanando da Constituição não apenas pautas axiológicas para a densificação normativa, mas também standards de conduta aos particulares, que impõem o respeito à dignidade do outro. (PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 153-154 e 205-206). Sustentando igual posição, Rosenthal grifa que “meramente compensar danos significar tratar o ser humano como ‘objeto do mercado’, passível de ressarcimento, como se fosse possível no plano do direito retomar a pessoa da forma como era”. Ao invés disso, o autor afirma que melhor atende à solidariedade constitucional a potencialização do instituto com a função de “sancionar punitivamente o autor do ilícito”, o que, a seu ver, “converte o indivíduo em ‘sujeito do mercado’ digno de cuidado e respeito em uma ordem de pluralidade de interesses”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 130). Destaque-se que

Dessa forma, parece tranquilo concluir que antes de reprovar a solução preventiva na esfera cível, a solidariedade constitucional reclama por ela.

Por fim, a operação a que se alude, de duplicação do instituto, parece faticamente alcançável. Os pedidos de condenação do ofendido à indenização e à pena civil poderiam inclusive ser formulados na mesma ação, sem que um viesse a prejudicar o outro. O novo direito processual civil brasileiro oferece soluções adequadas para tanto, com destaque para a figura do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 e ss. do CPC²³³), que permitiria que fosse o pleito indenizatório analisado antes de qualquer instrução probatória acerca da culpa do ofensor, possibilitando uma reparação célere e incondicionada.

De igual modo, o que pugna a doutrina francesa, visando à implementação de uma responsabilidade civil bifurcada, é que se imponha, legalmente, aos administradores de fundos coletivos e da seguridade social que, após a reparação da vítima, busquem o ofensor, procurando responsabilizá-lo sob um viés estritamente preventivo²³⁴. Isto é perfeitamente possível de ser implementado também em solo pátrio.

não se embarca, aqui, numa utopia, acreditando que a solidariedade modificará o perfil anímico do agente de mercado. De modo diverso, como leciona Daniel Sarmiento, para que tal postulado constitucional seja concretizado “não se faz necessário exigir que alguém sinta algo bom pelo outro, apenas que se comporte como se sentisse”. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339). Como bem ressalta Pianovski, a solução “não vem [e não almeja] alterar o *animus* do agente econômico, que continuará sendo a competitividade e a eficiência [...] não é a atividade econômica que, espontaneamente, passa a fundar a racionalidade instrumental na racionalidade reprodutiva do sujeito, mas, sim, é o direito que, intervindo na própria racionalidade instrumental, impõe a sua racionalidade de proteção à pessoa”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit., p. 145). A imposição desse agir solidário, dessa observância de deveres de cuidado, não infirma a busca pelo lucro, espírito do agente econômico, mas insere um elemento a ele estranho, indicando a necessidade de observar padrões diligentes de conduta face a interesses sensíveis, submetendo o empreendedor a uma pena caso ele venha a descumprir essa sua obrigação solidarista.

²³³ Transcreve-se: “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento”.

²³⁴ Como lembra Daniel de Andrade Levy, tem-se tornado uma constante nos países que adotam fundos públicos de indenização e seguros sociais, a preocupação em conceber “uma série de medidas para que a transferência do dever de indenizar não se torne fator de diminuição dos níveis de prevenção dos agentes”. Isso, ao ver do autor, deve ser alcançado nesse momento sucessivo em que, após reparada a vítima, seja o segurador obrigado a demandar o causador do dano, objetivando,

Ressalve-se, por pertinente, que simbólico da possibilidade de convivência de um “Direito de Danos” com um “Direito das Condutas Lesivas” é o já mencionado exemplo da Nova Zelândia. O parlamento neozelandês, preocupado com a possibilidade de que a instituição dos amplos fundos de indenização de danos viesse a redundar em diminuição dos níveis de prevenção, determinou, logo em seguida, a formação de uma comissão administrativa que tem por escopo a dissuasão e reeducação dos agentes de mercado²³⁵, e sua Suprema Corte, imbuída do mesmo espírito, autorizou a imposição judicial da pena civil²³⁶.

Naquele mesmo relatório que divulgou os resultados primários da solução neozelandesa, constou que não havia sido observado um acentuado aumento no número acidentes²³⁷. O exemplo deste país da Oceania, mais uma vez, pode ser tomado como um modelo relevante.

Diante de todo o exposto, ao contrário do sugerido pelos adversários da responsabilidade civil preventiva, nada refuta o “retorno da culpa”, desde que ela ingresse em outro plano, que não o de filtro da reparação.

Aliás, é justo o fundamento publicista da solidariedade social que leva ao entendimento acerca da legalidade (em sentido amplo) do aprofundamento da responsabilidade nessa outra linha, da prevenção de danos, para a qual a culpa se faz indispensável.

Ao adicionar-se como função do instituto o questionamento da conduta do ofensor à luz de seus possíveis efeitos sobre toda a coletividade, sem nada impor ou

através de sua responsabilização, a dissuasão geral e específica de comportamentos antissociais. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 206). Patrice Jourdain, no mesmo sentido, falando sobre o papel da culpa na responsabilidade civil contemporânea, afirma que se tal requisito foi, com razão, afastado para a averiguação do dever de reparar, sua importância ainda é considerável “afin d’autoriser l’organisme payeur à exercer un recours, au moins en cas de faute d’une certaine gravité. La valeur sociale et morale de la faute fait d’ailleurs de celle-ci un précieux instrument de prévention et de répression des comportements anti-sociaux ». (JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 27). Não é outra a opinião de André Tunc, autor segundo o qual, tendo em vista o efeito de dissuasão a ser buscado pela responsabilidade civil, “il est donc souhaitable, à moins que ce ne soit trop compliqué, que les lois assurant la couverture des dommages accidentels contiennent des dispositions qui réintroduisent la responsabilité en cas de véritable faute ». (TUNC, André, op. cit., p. 121).

²³⁵ TUNC, André, op. cit., p. 79-83.

²³⁶ Tal se deu no julgado Donselaar x Donselaar, no ano de 1982. A dúvida, sanada no caso paradigmático, era a de saber se os *exemplary damages*, que tinham aplicação recente no país quando da edição da lei que instituiu os três fundos de indenização, eram compatíveis com exegese dessa legislação. Na ocasião, a Corte respondeu positivamente, afirmando que a aplicação de uma pena civil em face de atos ilícitos cometidos voluntariamente representava um complemento necessário ao novel diploma legal. (KLAR, Lewis N. New Zealand’s Accident Compensation Scheme : a tort lawyer’s perspective. **University of Toronto Law Journal**, v. 33, p. 80-108, 1983).

²³⁷ TUNC, André, op. cit., p. 82.

negar à vítima que busca sua reparação, é certo que se tem uma operação que apenas potencializa a responsabilidade civil em sua tarefa de tutelar os direitos fundamentais no âmbito do mercado. Dessa forma, tal movimento se faz adequado ao ordenamento jurídico pátrio.

Todavia, este novo ingresso da culpa no Direito Civil, como sensor da necessidade de se exercitar um desvalor sobre a conduta do ofensor, deve vir acompanhado das salvaguardas constitucionais previstas em face do direito punitivo. É por isso que a próxima objeção a ser analisada é, como já se antecipou, integralmente subsistente. Cumpre transcrevê-la: “d) somente seria possível responsabilizar alguém diante da mera conduta ilícita por meio de expressa e anterior previsão legal, já que se trata de uma pena. Ademais, haveria necessidade de alterar o texto do Código Civil, que atrela a responsabilidade ao requisito do dano e prevê apenas a obrigação de indenizar como sua resposta”.

Essa crítica, para melhor análise, será dividida em duas partes.

A primeira versará sobre a submissão da pena civil ao princípio da legalidade e seus corolários – anterioridade legal, tipificação da conduta ilícita, prévia cominação da pena, etc.

A segunda examinará se é possível aplicar a responsabilidade civil preventiva sem contrariar o texto legal do Código Civil tal como ele se apresenta hoje.

Passando à análise da primeira questão, cumpre anotar que sobre ela há intensa controvérsia doutrinária²³⁸.

Os contrários à incidência do princípio da legalidade sobre a sanção punitiva civil sustentam, em síntese: a) que a referida norma abarca apenas as sanções punitivas criminais, ou seja, aquelas que podem recair sobre a pessoa e seus atributos; b) que a responsabilidade civil preventiva pode ser extraída de uma hermenêutica civil-constitucional, em que se leve em conta a inafastabilidade da jurisdição face à ameaça de lesão, bem como o direito fundamental a uma tutela jurisdicional plena e efetiva da dignidade humana.

²³⁸ Serão sumarizados os argumentos pró e contra a submissão da pena civil ao princípio da legalidade e, adiante, se fará menção aos autores que defendem cada posição, bem como minudenciar-se-á suas opiniões.

Por sua vez, os favoráveis à submissão da pena civil ao princípio da legalidade defendem, em resumo: a) que toda sanção de substância punitiva primária está sujeita às garantias materiais e processuais derivadas deste princípio, esteja ou não formalmente situada no Direito Penal; b) que a responsabilidade civil sem dano restringiria o direito de propriedade e a liberdade econômica do ofensor, o que só pode ser feito por meio de lei, não se podendo olvidar que se tratam de direitos igualmente fundamentais.

Os autores daquele primeiro grupo argumentam que seria razoável reputar que o princípio da legalidade incide não sobre toda e qualquer punição, mas destina-se a engessar somente aquelas penas que atingem, direta ou indiretamente, a liberdade pessoal do ofensor. Afirmam que não é o caso da pena civil, que ataca apenas seu patrimônio.

É essa a opinião manifestada por Boris Starck:

La loi pénale conserve sa valeur intimidante, sa haute valeur répressive [...] Elles justifient notamment l'application en droit pénal du principe Nullum crimen, nulla poena, sine lege et de la règle d'interprétation restrictive. Ce sont là des principes protecteurs de la liberté individuelle sans lesquelles on ne conçoit pas de société, du moins dans le sens démocratique de ce mot. Mais il est évident que le besoin de cette protection ne se fait qu'à l'égard des actes des pouvoirs publics susceptibles de porter de graves atteintes à la personne humaine. Or, seules les sanctions pénales proprement dites présentent le caractère afflictif ou infamant qui serait de nature à compromettre la liberté individuelle si elles n'étaient pas enserrées dans les limites de fer des maximes que nous commentons. C'est pourquoi, même si on reconnaît avec nous le caractère pénal de certaines condamnations civiles, nous ne croyons pas que le principe nulla poena sine lege y soit applicable. La note d'infamie, de déshonneur, ne s'attache pas aux condamnations purement civiles, même très rigoureuses, et l'interprétation extensive donnée à certains textes à caractère incontestablement pénal ne semble pas avoir créé le sentiment d'insécurité que certains redoutent [...] Enfin, c'est évidemment une différence de degré dans la gravité de la sanction pénal et civile qui explique et justifie les règles de compétence et de procédure qui opposent les deux ordres de juridictions.²³⁹

Paolo Gallo, na mesma esteira, afirma que:

A constituição italiana estatui que ninguém deve ser punido sem prévia previsão legal [...] Também na Itália os criminalistas concordam que essas previsões incidem apenas no campo das sanções que limitam a liberdade pessoal²⁴⁰.

²³⁹ STARCK, Boris, op. cit., p. 382-384.

²⁴⁰ GALLO, Paolo apud VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto, op. cit., p. 178.

Bernd-Rüdiger Kern lembra que o Tribunal Federal Constitucional alemão já se manifestou sobre o tema e concluiu que o art. 103, inciso II, da Constituição Alemã, que estabelece a legalidade penal,

na verdade vale tanto para as penas criminais, como também, em princípio, para as penas disciplinares, mas não para as penas privadas [...] Faltam-lhe todos os caracteres estigmatizantes da pena criminal. Não é prevista pena de privação de liberdade, como também a correspondente pena substitutiva e não há inscrição no registro penal. Com isto caem, igualmente, as críticas a respeito da dupla punição²⁴¹.

Júlio Manuel Vieira Gomes, Ministro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, partilha da mesma opinião:

A importância deste princípio não pode, na realidade, ser subestimada; contudo, convém ter presente que tal foi desenvolvido em sede de Direito Penal, tendo em vista a aplicação de sanções propriamente criminais, isto é, de sanções particularmente graves, como sejam a pena privativa de liberdade e, ainda hoje, em muitos ordenamentos, as penas corporais e a pena de morte. É, no mínimo, questionável que este princípio deva valer intocado, quando apenas está em jogo a aplicação de uma pena pecuniária²⁴².

Por fim, para Antônio Pinto Monteiro, é necessário rever os pressupostos iluministas que levaram à consagração de tal princípio, e abandonar sua interpretação legalista, quando ter-se-ia que tal não é aplicável à sanção punitiva civil²⁴³. Realizando tal exercício, o desembargador André Gustavo Corrêa Andrade conclui que:

Um exame das raízes históricas do princípio revela ter ele sido concebido e desenvolvido para a proteção do homem contra o arbítrio na aplicação de penas de especial gravidade, tais como a privativa de liberdade, as aflictivas (ou corporais) e a pena de morte, características do Direito Penal, não para a pena pecuniária, atribuível em âmbitos não penais tanto à pessoa humana quanto à pessoa jurídica²⁴⁴.

²⁴¹ KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? **Revista da faculdade de direito da UFRGS**. v.17, 1999, p. 38-39.

²⁴² GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem Causa**. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1998, p. 750.

²⁴³ MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 666.

²⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa, op. cit., p. 235.

De outro lado, o segundo grupo de autores, a que o presente trabalho manifesta adesão, argumenta que toda sanção que tenha substância punitiva primária, ou seja, que vise, por meio de uma punição, dissuadir o ofensor, submete-se à reserva legal.

Isso porque a sanção punitiva, sem exceções, implica em limitação da liberdade do ofensor, ainda que não a pessoal. Daí se extrai que a ele deve ser dado conhecer, previamente, essa circunstância, seja qual for a natureza da medida, bem como que a punição apenas pode ser estatuída por quem detém legitimidade para inovar na ordem democrática, ou seja, o poder legislativo.

A saber, o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia consagração legal”.

José Afonso da Silva leciona que este dispositivo constitucional estabelece “uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e estabelecer penas”²⁴⁵.

André Luis Callegari lembra que se trata de

real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. De acordo com o princípio da reserva legal, todos os atos estatais que são gravosos aos cidadãos necessitam de apoio em lei formal [...] por este princípio os jurisdicionados devem saber de antemão a conduta proibida e sua sanção²⁴⁶.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco destacam que este enunciado normativo, densificando a inviolabilidade do direito à liberdade (caput do art. 5º) e o princípio democrático, contém, em verdade, duas normas: não há crime sem lei anterior; não há pena sem lei precedente que a comine²⁴⁷.

É o que ensinam Thiago Minagé e Karina Lopes, ao explicar que

toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, é mediante lei que se vincula a pena ao fato, como

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429.

²⁴⁶ CALLEGARI, André Luis. Art. 5º, XXXIX, In: MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, ebook (2013).

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira (et. al). **Curso de direito constitucional**. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 687.

pressuposto juridicamente necessário. O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legal*). Portanto, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada²⁴⁸.

Dessa forma, enfatizam Mendes e Gonet, a prática de um ato, “ainda que reprovável de todos os pontos de vista”, apenas poderá ser reprimido se houver lei prévia que submeta aquela conduta a uma sanção punitiva²⁴⁹.

Para estes autores, tendo em vista o âmbito de proteção da norma, bem como a sua interpretação extensiva, deve-se entender por pena “toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável (direito sancionador)”²⁵⁰.

Parece ser a mesma a opinião professada por André Luis Callegari, para quem todos os atos que impliquem em interferência nas liberdades individuais devem se submeter à reserva legal.

Assim também defendem Thiago Minagé e Karina Lopes, para quem “a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor formas de conduta sob ameaça de sanção”²⁵¹.

É dizer, o Direito Civil pode livremente se servir de sanções positivas e *nudges* para incentivar os atores econômicos a adotar o padrão de conduta esperado²⁵². Todavia, quando sanciona negativamente, ele não sugere, mas proíbe,

²⁴⁸ MINAGÉ, Thiago M; LOPES, Karina C.B. Movimentos sociais em massa: o que e a quem temer? Direito ou dever do cidadão? In: SARMENTO, G.; CRUZ, A. C.; SEIXAS, T. M. **Direitos humanos fundamentais**: estudos sobre o artigo 5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, ebook (2014).

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira (et. al), op. cit., p. 687.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira (et. al), op. cit., p. 687-688.

²⁵¹ MINAGÉ, Thiago M; LOPES, Karina C.B, op. cit., e-book (2014).

²⁵² Como explicam Maria Celina Bodin de Moraes e Renata Vilela Multedo, é “possível e legítimo que instituições públicas e/ou privadas afetem o comportamento das pessoas ao mesmo tempo em que respeitem sua liberdade de escolha”. Trata-se, ensinam as autoras, de um “paternalismo libertário”. Em seu escólio, “o paternalismo libertário é paternalista na medida em que tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os interventores julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem estar, e é libertário porque concede a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem, preservando a liberdade de escolha”. As autoras advogam que, como, nestas hipóteses, se deixa espaço para adotar outro comportamento, não estariam tais regras submetidas ao princípio da legalidade. Exemplificam com a imposição como padrão, pelo legislador, do regime da comunhão parcial de bens por considerá-lo, via de regra, o mais benéfico, mas sem que se vede, a partir de um pacto entre os nubentes, a escolha por outro. Essas disposições, no entanto, são diversas em natureza daquelas que impõem um modelo de comportamento que não pode ser recusado, sob ameaça de uma pena pecuniária. Diante dessas normas, que restringem liberdades e respondem com subtração patrimonial, a legalidade, diferentemente daquelas regras versadas pelas autoras, deve incidir. (MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, p. 15-16, 2016. Disponível em:

restringe liberdades, de sorte que se submete ao princípio em questão, seja qual for o bem jurídico limitado.

Em uma concepção funcional do respeito à legalidade, a acepção de pena do art. 5º, inciso XXXIX, da CF, deve ser interpretada de modo a abarcar toda punição, independentemente de a sanção estar ou não localizada formalmente no âmbito do Direito Penal. A proteção legada pelo constituinte deve ser compreendida como uma defesa substancial face ao poder punitivo estatal, incidindo sempre que uma sanção, inobstante sua nomenclatura e topografia, ostentar uma função principal de prevenção²⁵³.

Rosenvald, nessa mesma linha, grifa que a pena civil não foge ao escopo de dirigir “a conduta dos membros da coletividade, fazendo com que estes se abstenham de cometer certos atos, consentindo com uma vida social que esteja de acordo com certos modelos de comportamento considerados desejáveis”. Dessa forma, ela “nada tem de privada a não ser o nome”, pois “ostenta uma função de proteção de interesses coletivos”.

Destaca o autor que “toda sanção punitiva de finalidade primária preventiva e repressiva confronta direitos fundamentais”, sendo que a aplicação da pena civil redundará em “ofensa à liberdade do causador do dano. Não estamos aqui tratando do conceito restrito de liberdade física [...] mas sim da liberdade que restringirá a iniciativa econômica do sujeito”. Por isso, arremata o autor, apesar de se considerar mais gravosa “a restrição corpórea de detenção”, bem como o efeito estigmatizante que acompanha a sanção criminal, “ontologicamente qualquer sanção punitiva demanda todas as garantias constitucionais alusivas às penas” – tais diferenças, como se verá adiante, justificam a incidência às penas civis de uma legalidade mitigada, mas não a inaplicabilidade do princípio²⁵⁴.

<<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 14/04/2019.

²⁵³ É essa a opinião veiculada por Suzanne Carval, para quem “leur visée répressive, et leur mode de calcul usuel [il repose le plus souvent sur la gravité de la faute et la situation patrimoniale du défendeur]”, são as características que fazem da sanção punitiva civil algo suscetível ao princípio da legalidade. (CARVAL, Suzanne. L’amende civile. In: **La Semaine Juridique**, nº 30-35, p. 42-46, Jul. 2016).

²⁵⁴ “Se determinados interesses coletivos são considerados merecedores de tutela no confronto com faculdades individuais, a ponto de cercear o exercício das atividades empresariais [...] este balanceamento será consequente a uma norma, capaz de antecipar o ponto de equilíbrio entre a autonomia privada e a proteção a bens coletivos, com resguardo ao princípio da proporcionalidade [...] só a este – o legislador – se reconhece a legitimação para mediar, de forma equilibrada, a liberdade privada e interesses metaindividuais”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., passim).

Não é outro o entendimento sufragado pela jurisprudência francesa, como de forma percuciente lembra Johan Prorok:

Selon une jurisprudence ancienne et constante, le Conseil constitutionnel affirme que les principes énoncés par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 'ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales, mas s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition'. En d'autres termes, pour le Conseil, les principes du droit répressif s'appliquent non seulement aux peines infligées par les juridictions pénales, mais plus largement 'à toute sanction ayant le caractère d'une punition' peu important la juridiction ou l'autorité qui la prononce. Si le Conseil n'a pas, de manière générale, donné de définition conceptuelle de la 'sanction ayant le caractère d'une punition', l'examen de la jurisprudence révèle que l'existence d'une intention répressive en est le critère déterminant. Cette approche pragmatique et fonctionnelle a été appliquée de manière large, particulièrement en matière de sanction administrative – notamment fiscale, et disciplinaire²⁵⁵.

Este autor ressalta que em 2011 a “*Cour de Cassation*” francesa foi instada a se manifestar sobre norma que sancionava práticas abusivas na seara comercial com multas de até dois milhões de euros. Preliminarmente constatando se tratar de uma pena civil, ou, no francês, “*amende civile*”, decidiu a Corte que mesmo essa punição está submetida às exigências formuladas pelo princípio da legalidade, dada sua natureza repressiva²⁵⁶. O entendimento pioneiro foi reafirmado em 2017 pela “*Cour de Cassation*” em face de lei que cominava sanção punitiva ante a violação “*au devoir de vigilance des sociétés mères*”²⁵⁷.

Merece ênfase o fato de que a Corte Europeia de Direitos Humanos também decide neste sentido.

Segundo Johan Prorok, o Tribunal Europeu adota “*une conception matérielle ou fonctionnelle, et non formelle*” do princípio da legalidade. O autor observa, em pronunciamento da Corte datado de 1976, um paradigma no assunto, ocasião em que o TEDH definiu a noção de “matéria penal” constante da Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Na oportunidade, o Tribunal fixou dois critérios decisivos

²⁵⁵ PROROK, Johan, op. cit., p. 331.

²⁵⁶ Transcreve-se excerto da decisão: “conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, ils est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement ». PROROK, Johan, op. cit., p. 331.

²⁵⁷ PROROK, Johan, op. cit., p. 331.

para aferir o âmbito de proteção da norma: “la nature même de l’infraction – à savoir la transgression d’une norme générale ayant un caractère à la fois répressif et dissuasif” e “la gravité de la sanction”.

Em outra ocasião, destaca Johan Prorok, o TEDH afirmou que esses dois critérios são alternativos e não cumulativos. Por fim, anota o professor francês que a Corte Europeia de Direitos Humanos propagou entendimento segundo o qual se submetem ao princípio da legalidade mesmo as sanções administrativas que, inobstante estritamente pecuniárias, tenham sido fixadas com finalidade repressiva: *“il importe peu à cet égard que la sanction ne soit que pécuniaire, la Cour ayant clairement rattaché à la matière pénale les sanctions pécuniaires prononcées par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir répressif”*²⁵⁸.

Por tais razões, o autor entende que a “*amende civile*”, prevista no projeto de reforma do Código Civil francês apresentado ao Senado em 2017²⁵⁹, deve ser lida como “matéria penal” à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, submetendo-se aos consectários do princípio da legalidade.

No Brasil, Flávio Higa dirige crítica àqueles que restringem a aplicação do art. 5º, inciso XXXIX, a uma concepção estrita de liberdade – enquanto “confinamento involuntário em cárcere”. Ressalta o autor que essa hermenêutica é incompatível com nossa própria prática jurídica, dadas as previsões de penas alternativas e pecuniárias na esfera criminal, face às quais ninguém questiona a incidência do princípio da legalidade²⁶⁰.

Ao ver do magistrado, o argumento da pecha que segue o condenado criminalmente não infirma esse raciocínio. Inobstante o “caráter infamante” que marca a reputação do infrator ser, em regra, mais intenso na esfera criminal, tal efeito não é exclusividade das sentenças penais. Ressalta o autor que

O cidadão condenado civilmente por improbidade administrativa, o empregado que tem uma dispensa por justa causa ratificada pela Justiça do Trabalho e o sujeito obrigado a reparar danos extrapatrimoniais por prática discriminatória também sofrem com a ignomínia, provavelmente até mais do que os incriminados por abandonar animais em propriedade alheia ou por exercer arbitrariamente as suas próprias razões. Admite-se, por óbvio, que o vilipêndio oriundo de uma condenação criminal seja, em regra, mais

²⁵⁸ PROROK, Johan, op. cit., p. 331-332.

²⁵⁹ Dele se tratará adiante.

²⁶⁰ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 290-293.

intenso; daí a ilação de que a punição civil pode ser aplicada totalmente à margem da lei é um corolário que jamais decorreria deste postulado²⁶¹.

Na mesma esteira sustenta Pedro Ricardo e Serpa. O autor objeta ser o estigma da pena criminal critério decisivo para a atração do princípio da legalidade, taxando de artificial esta diferenciação:

Quer-nos parecer que a possibilidade de impor ao sancionado uma pecha, por assim dizer, infamante ou estigmatizante, não é característica exclusiva do Direito Penal. Concede-se, quando muito, que, pela maior gravidade das sanções penais, o aspecto estigmatizante seja mais severo (e, por assim dizer, mais perene) do que aquele que, a nosso ver, também pode ser característico das sanções punitivas [...] Não há como olvidar que a aplicação de determinadas sanções civis particularmente severas (tais como, por ex., a deserção e a indignidade, principalmente em casos nos quais a sanção incide em resposta a um ato moralmente reprovável, tais como, respectivamente, ofensa física ao testador ou homicídio doloso do de *cujus*) também não carrega um fator socialmente indesejável e – por que não dizer? – estigmatizante²⁶².

Flávio Higa adiciona, por fim, que adotando interpretação diversa ter-se-ia que admitir, “*a contrario sensu*”, “que as sanções impingidas pelo Direito Administrativo Sancionador não estariam contempladas pela garantia constitucional, o que seria um desatino”²⁶³.

Avançando, agora, em outra linha de argumentos, cumpre ressaltar que André Gustavo Corrêa de Andrade, Caroline Vaz, Thaís Venturi e Glenda Gonçalves Gondim²⁶⁴ sustentam, ao largo dessa discussão, que a imediata aplicação da pena

²⁶¹ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 289.

²⁶² SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado em Direito civil apresentada junto à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). São Paulo, 2011, p. 220.

²⁶³ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 293.

²⁶⁴ Todos estes autores e autoras têm suas obras citadas ao final deste trabalho. A título de exemplo, transcreve-se alguns excertos da defesa desta posição realizada por André Gustavo Corrêa de Andrade: “Princípios constitucionais, como mandados de otimização que são [...] determinam ao operador jurídico que empregue todos os meios possíveis para a proteção destes direitos [...] Ainda que lentamente, os operadores do Direito vão abandonando idéias forçadas sob a influência de um Estado liberal, como a do caráter programático das normas (*rectius*: dos textos normativos) constitucionais que cuidam dos direitos sociais. Dissemina-se a idéia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional. Dentro dessa concepção, desarrazoada seria a idéia de que para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade o operador jurídico estaria limitado ao manejo dos mecanismos postos à disposição pelo legislador, o que excluiria a indenização punitiva, por não estar prevista expressamente na lei. Para a proteção e promoção do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para esse desiderato. A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é

civil, pela via jurisprudencial, é exigida pelos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF), da inafastabilidade da jurisdição face à ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF), e da tutela jurisdicional plena e efetiva (art. VIII da Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão)²⁶⁵.

Para tais autores, ainda que não haja densificação da pena civil nas normas positivadas, tem-se, como decorrência desses comandos de otimização, um dever do estado-juiz de servir-se, se necessário for, de meios atípicos para dar efetividade à dignidade humana, valor-maior de nosso ordenamento. A punição do ofensor, independentemente de lei, estaria autorizada, assim, como resultado de uma ponderação axiológica entre a dignidade humana e o direito de não ser apenado sem previsão legal.

A tese é sedutora, porquanto a pena civil é necessária. Acatá-la, no entanto, significaria cancelar a utilização da dignidade humana como adereço retórico a fim de burlar garantias constitucionais²⁶⁶.

Não se pode olvidar que a afirmação do princípio da legalidade contra decisões políticas do judiciário e da administração pública – como é a da consagração da pena civil, que envolve o necessário sopesamento, que cabe ao legislativo, entre interesses metaindividuais e a liberdade econômica – decorre igualmente do princípio da dignidade humana. É uma de suas densificações constantes do art. 5º da CF.

possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão do ofensor”. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa, op. cit., p. 192). Destaca-se também algumas passagens de Thais Venturi: “Se o que se pretende proteger, em primeiro lugar, é a inviolabilidade dos mencionados direitos, logicamente que está autorizado o magistrado, em sede de qualquer processo cujo objetivo seja precisamente este, a empregar inclusive penas privadas [...] sob as luzes da garantia de inafastabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, nada mais adequado do que se emprestar às condenações civis, dentro de certos limites e observadas certas condições, uma função também punitiva que seja forte o suficiente para estabelecer a devida prevenção em relação ao ofensor”. (VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto, op. cit., p. 181).

²⁶⁵ Em outra ocasião, mais precisamente em meu trabalho de monografia, defendi esta posição. Não obstante, os ulteriores desenvolvimentos da presente pesquisa me fizeram mudar de opinião, levando a me posicionar da forma exposta adiante.

²⁶⁶ Como destaca Flávio Higa, “em relação ao princípio da dignidade humana ser o mote para sobrepujar a garantia à anterioridade penal, o risco de demolição do Estado de Direito é ainda maior. ‘o abuso léxico do princípio da dignidade humana como panaceia hermenêutica faz com que ele tenha sua utilidade banalizada, na medida em que é empregado por diferentes lados em uma mesma situação. Ora, não há uma única prerrogativa constitucional baseada na ‘indignidade da pessoa humana’, de modo que a sua invocação ubíqua é, em certa medida, inútil”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 296).

Há um evidente perigo em, com fulcro numa genérica afirmação do valor da pessoa, se suplantar uma garantia fundamental a que o constituinte deu a devida concretude²⁶⁷.

A rigor, ter-se-ia um “conflito entre dignidades opostas”²⁶⁸, sendo que uma foi esmiuçada pelas mãos do próprio constituinte, fruto de um prévio sopesamento a partir dos interesses em rota de colisão, e que, assim, não pode ser objeto de nova ponderação por parte do judiciário.

Não se pugna, com essa afirmação, por uma magistratura que se reduza a *bouche de la loi*. Mas não se pode falar que, a partir da desconsideração do texto constitucional, haveria uma legítima atividade criativa ou atualizadora do magistrado. O que se teria é o arbítrio²⁶⁹.

Ainda, ao contrário do que sustentam estes autores, no sentido de que se estaria negando, na prática, o direito de jurisdição face à ameaça de lesão, melhor interpretação parece ser a de que tal dispositivo constitucional autoriza apenas as

²⁶⁷ Como afirmam Danilo Leme Crespo e Marcelo Fortuna, “a questão que se coloca é saber até que ponto seria legítimo, dentro da teoria da decisão judicial, aceitarmos a feição punitiva [...]. Sem dúvida, no atual cenário jurídico, a participação do judiciário na concretização dos valores constitucionais é essencial para a garantia da efetividade do Estado Democrático de Direito. [...] o sistema ideal, se pudesse ser alcançado, seria um código ao mesmo tempo tão flexível e minucioso a ponto de fornecer antecipadamente a norma justa e adequada a toda situação imaginável. A vida, porém, é complexa demais para colocar a conquista desse ideal ao alcance das capacidades humanas. Dessa forma, o legislador, por si só, não é capaz de garantir os valores do Estado de Direito, seja pelo fato de que a lei não consegue regular todas as relações sociais ou, ainda, porque embora o seu estado de latência aparente ser compatível com a Constituição, quando da construção da norma ele pode se mostrar contrário aos ideais constitucionais”. Porém, destacam os autores, “até mesmo para aqueles que encontram no pós-positivismo a resposta para a inovação hermenêutica em detrimento do legalismo mecanicista, há um núcleo duro que deve ser observado pelo julgador, cuja inobservância conduz à arbitrariedade. A moldura traçada pelo legislador e eventuais princípios a ela inerentes – tal como o da segurança jurídica – não perderam a condição de elemento impeditivo para evitar a inovação do juiz a ponto de desvirtuar a lei ou julgar *contra legem*. [...] a criação da norma, no caso concreto, não pode ser feita de forma arbitrária, desconsiderando ou ignorando as regras existentes [...]”. Isso, ao ver dos autores, quando se visualiza a anterioridade penal esculpida na carta magna, bem como o rechaço da pena civil que se deu pela via legislativa – como será tratado adiante –, deságua na conclusão de que “o caráter punitivo-sancionatório, sustentado por parte da doutrina e jurisprudência, não possui respaldo em nosso sistema constitucional [...]”. Para eles, sua admissão pela via do judiciário, em última análise, consagra “decisões incompatíveis com o paradigma democrático, que muitas vezes, sob o pretexto da necessária atividade criativa do judiciário, passa a permitir decisões arbitrárias ou maquiadas”. (CRESPO, Danilo Leme; FORTUNA, Marcelo F. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**. Vol. 79, p.131-161. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017).

²⁶⁸ Nesse sentido questiona Flávio Higa: “como duvidar que a garantia de não ser punido sem que haja expressa previsão em lei também é um direito fundamental de levar uma vida com segurança jurídica, em evidente prestígio à dignidade?”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 296-297).

²⁶⁹ Para Flávio Higa, “o exercício desse papel pelo Poder Judiciário é uma forma travestida de tirania com a qual não se concorda. Deve-se reconhecer a dificuldade existente em face da ausência de legislação que permita a imputação da pena e, *de lege ferenda*, superá-la, procedendo à conformação constitucional do ordenamento [...]”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 301).

medidas processuais de cessação do ilícito. É exemplo a tutela inibitória, que obsta a continuidade delitiva, sem, no entanto, ter uma finalidade repressiva, escapando, assim, à exigência de previsão legal.

Dessa forma, acatados estes argumentos – posição encampada neste trabalho –, restam abalados os pressupostos utilizados pelos contrários à incidência do princípio da legalidade à pena civil.

Isso, por si só, tornaria desnecessária a seguinte discussão, que diz respeito à (in)compatibilidade dessa punição com o texto do diploma civilista.

Entretanto, seu exame deve ser feito porque reforça a constatação da arbitrariedade que se teria ao adotar, por meio do judiciário, uma responsabilidade civil sem dano. Para além de violar a legalidade penal, atentar-se-ia contra enunciado expresso de lei, com flagrante usurpação da competência legislativa.

A saber, o art. 186 do Código Civil é assim redigido: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O art. 927 deste compêndio, por sua vez, tem o seguinte teor: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O art. 944, por fim, tem a seguinte redação: “a indenização mede-se pela extensão do dano”²⁷⁰.

O que se percebe, de modo muito claro, é que a responsabilidade civil brasileira, na forma como está positivada, está inexoravelmente ligada ao dano, e prevê como resposta tão somente a obrigação de reparar.

Pode-se criticar, com razão, a redação do art. 186 do CC, pois há nítida confusão entre ilícito e dano, este último que, se recorrermos à teoria geral do direito, é apenas possível consequência do ilícito, não fazendo parte de sua definição²⁷¹. Mas o que não se pode é desconsiderar que houve uma opção do

²⁷⁰ Glenda Gonçalves Gondim, após transcrever este artigo, destaca que ele é o quanto basta para que se afirme que “reconhecer [a punição] como função autônoma e fora do dano extrapatrimonial encontra um óbice legislativo”. (GONÇALVES GONDIM, Glenda, op. cit., p. 156).

²⁷¹ Rosenvald ensina que o ilícito, “em sua acepção comum, refere-se a qualquer fato que constitui transgressão a uma norma, tornando-se assim objeto de reprovação e, correlativamente, de uma reação adequada [...] o ilícito pode ser definido como um ato contrário a uma norma que disciplina um comando [...]”. Assim, como observa o autor, o “dano não é elemento categórico do ilícito”, mas algo que, por força dos arts. 186 e 927 do CC, a ele acresce como fato gerador da responsabilidade civil. Não obstante, como ocorre na seara penal, “mesmo na falta de um evento danoso, por vezes o ordenamento não renunciará à possibilidade de aplicar uma sanção a um ato ilícito”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 61-64). A aplicação de uma sanção mesmo na ausência de dano é o que se

legislador, reprisada em diversos dispositivos legais, por responsabilizar o ofensor apenas pelo dano causado.

Cabe adicionar que tanto quando da edição do Código de Defesa do Consumidor como quando da proposição legislativa nº 6.960/2002 de alteração do Código Civilista, a pena civil foi objeto de veto legislativo, a deflagrar ter sido tema de debate e rechaço na arena política²⁷².

Não se olvida, repita-se, que o texto é apenas uma das matérias de que o Código é feito, de forma que tal não se erige em obra acabada pelas mãos do legislador. Os sentidos de seus conceitos e fins de seus institutos são construídos também com as mãos de doutrina e jurisprudência, em um trabalho de constante “reconstrução dos significados que compõem os significantes” do compêndio civilista.

No entanto, esse desígnio hermenêutico volta-se para um fim, que é o de, entre os possíveis sentidos do texto positivado, construir aquele que, permeado com os valores expressos na Constituição, seja mais funcional a dar uma resposta aos problemas da sociedade contemporânea. Há, assim, no texto legal, o ponto de partida e o limite dessa atividade. Adotar uma interpretação que não pode ser extraída das palavras do Código, tanto mais quando se sabe que o texto escolhido

defende no presente trabalho, com vistas à correção da conduta dos agentes de mercado. Isso implicaria, no caso, na necessidade de alteração dos dispositivos legais em comento, elucidando que o ilícito, qualificado pela culpa grave ou dolo, suscita como reação uma pena, e que o ilícito, acrescido de um dano injusto, reclama como resposta a reparação, podendo tais sanções – punitiva e restitutória – serem cumuladas quando ambas hipóteses estiverem presentes. A questão será melhor delineada no próximo capítulo.

²⁷² O vetado art. 16 do Código de Defesa do Consumidor tinha a seguinte redação: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”. As razões do veto foram as seguintes: “o art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação ou validade”. Já o Projeto de Lei de autoria do Deputado Ricardo Fiuza almejava a inserção de um segundo parágrafo no art. 944, com a seguinte redação: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. O veto legislativo foi dessa forma justificado: “a doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não patrimoniais ou não econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: ‘adequado desestímulo ao lesante’. Além do mais, confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão”.

foi fruto de uma deliberada recusa à pena civil, é inovar indevidamente na ordem jurídica, com grave ofensa à teoria da separação dos poderes²⁷³.

Em conclusão, ignorar o dispositivo da Carta Magna que consagra a submissão da pena à legalidade, bem como o texto do Código Civil que atrela a responsabilidade ao dano e sua indenização, seria atentar contra o Estado Democrático de Direito, expresso, no caso, nas garantias de liberdade e separação de poderes.

Adotadas essas premissas, a responsabilidade civil preventiva não escapa à necessidade de prévia consagração legal.

Por derradeiro, este arremate traz consigo, consequentemente, a afirmação do estado de ilegalidade (em sentido amplo) da assimilação da pena civil pela via jurisprudencial – o que, como visto, é largamente praticado em nossa jurisprudência acerca dos danos morais.

De outro lado, no entanto, enfaticamente defende-se, ao longo deste trabalho, a necessidade e o reclamo social por uma prevenção de danos na jurisdição civil.

Esse embate lança dúvidas, assim, sobre a posição que deve ser adotada pela doutrina face a essa punição camuflada.

Daniel de Andrade Levy sustenta que não se deve nem reprimir, nem incentivar a prática, mas elucidá-la. E isso cumpre ser feito com a exigência, dirigida aos magistrados, de que separem o montante punitivo do compensatório, e declinem fundamentação própria para a pena civil, seja quanto aos pressupostos, seja quanto aos critérios de fixação. Tal solução, além de atrair os benefícios já ressaltados anteriormente, diminuiria o estado de ilegalidade, ao mesmo tempo em que chamaria a atenção para aquilo que é um fato social²⁷⁴.

²⁷³ Nesse sentido, por tudo, FACHIN, Luiz Edson, op. cit., passim.

²⁷⁴ Nas palavras do autor, “[...] seria muito fácil simplesmente ignorar a realidade prática dos tribunais, e afirmar que a segurança jurídica só será reencontrada quando houver legislação expressa que autorize a compensação punitivo-preventiva. No entanto, estaríamos a ignorar uma realidade presente que, como vimos, já aplica transversalmente uma função normativa da disciplina. Portanto, sejamos pragmáticos o bastante para tentar buscar instrumentos que, no momento atual e sem uma legislação específica sobre o tema, possam diminuir a insegurança jurídica de nosso Direito quanto à matéria. Para tanto, endossamos as posições de autores como Alexis Jault, que defendem uma maior ‘ventilação’ das decisões judiciais, com a necessária distinção entre o aspecto punitivo e o restitutivo da indenização. A motivação judicial se torna, neste momento de transição, a forma mais efetiva de controle da decisão e, consequentemente, de certeza do direito. No entanto, por mais detalhadas que possam ser sentenças e acórdãos, em países de tradição romano-germânica como França ou Brasil, somente uma legislação específica sobre o tema, que consagre uma autônoma indenização punitiva,

Boris Starck, nessa exata direção, afirmava, na longínqua década de 40, que já não era viável impor freios à disseminada prática judicial. Por isso, não cumpria criticá-la. Da mesma forma como se inclinava Louis Huguene, o autor se mostrava mais afeito a “*saisir de tendance*”, buscando colocar a *práxis* às claras para racionalizá-la²⁷⁵. O doutrinador francês terminava sua digressão a respeito questionando: “*a quoi bon critiquer ce qu’on ne peut changer ?*”²⁷⁶.

Fato é que “toda crise cobra uma resposta, que costuma vir na superação do paradigma anterior”²⁷⁷.

Por paradigma se adota, aqui, a definição de Thomas Kuhn, como “*un cadre de référence admis par la communauté scientifique et donnant cohérence à un ensemble de solution*”²⁷⁸.

A responsabilidade civil reparatória, como visto, está imersa no paradigma da liberdade. No entanto, a força pujante da realidade material anuncia sua insuficiência para os tempos Pós-Modernos, reclamando pela prevenção de danos, denotando uma passagem, já em curso, com destino ao paradigma do desenvolvimento sustentável.

Catherine Thibierge destaca que os juristas “*peuvent pendant un temps utiliser certaines techniques, telles les fictions ou les présomptions, pour maintenir la cohérence de ces solutions avec l’ensemble*”²⁷⁹. É dizer, as travessias entre um paradigma e outro não se dão de forma radical, mas por meio de passarelas.

Dessa forma se deu, como visto, a passagem da culpa ao risco, que não foi tomada diretamente, mas por etapas, sendo precedida de objetivações de culpa, presunções de culpa, até se abandonar por completo este fundamento.

Assim se repete quando se visualiza a atual jurisprudência brasileira acerca da quantificação do dano moral.

bem como seus critérios gerais de quantificação, é que poderá preservar a segurança jurídica da responsabilidade civil a longo prazo. Note-se: não se está aqui a defender a criação de uma categoria para estimular o fato social, mas o reconhecimento do fato social, a fim de enquadrá-lo em uma categoria”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 213).

²⁷⁵ STARCK, Boris, op. cit., p. 362.

²⁷⁶ STARCK, Boris, op. cit., p. 416.

²⁷⁷ CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, op. cit., p. 39.

²⁷⁸ A questão da mudança de paradigmas nas ciências encontra completa explicação na seguinte obra do autor: KUHN, Thomas V. **La structure des révolutions scientifiques**. Paris: Champs Flammarion, 1983.

²⁷⁹ THIBIERGE, Catherine, op. cit., p. 9.

Thomas Kuhn enfatiza, no entanto, que

*au fil de l'évolution, les solutions qui ne se laissent pas expliquer par le paradigme dominant, d'anomalies deviennent des révélateurs de la nécessité de transformation [...] vient un temps où la nécessité d'appréhender des situations nouvelles souligne l'insuffisance du paradigme dominant*²⁸⁰.

Parece que se atingiu este tempo. A compensação de danos que é permeada por critérios retributivos ou preventivos já não pode ser explicada racionalmente à luz do paradigma da liberdade, mas apenas quando se enxerga no porvir o paradigma do desenvolvimento sustentável. A utilização dos velhos conceitos, que bebem na fonte do ideário liberal, para oferecer resposta às necessidades contemporâneas dá lugar a um instituto disforme, que se coloca no meio termo entre esses paradigmas²⁸¹.

É diante disso que, ao invés de se rechaçar o fato social, a solução, como sugerem Daniel de Andrade de Levy e Boris Starck, pode ser a de constranger os juízes a estabelecer divisas entre os montantes punitivo e compensatório, bem como forçá-los a explicitarem os critérios de quantificação de cada verba e suas finalidades, para deixar às claras a insuficiência do atual modelo de responsabilidade quando confrontado com as exigências da sociedade de riscos²⁸²
283.

Somente quando se visualizar a prevenção como novo norte da responsabilidade civil é que o ciclo da responsabilidade reparatória poderá ser fechado, com a revisão dos pressupostos e funções do instituto²⁸⁴. Caso sejam

²⁸⁰ KUHN, Thomas V, op. cit., passim.

²⁸¹ Da mesma forma sustenta Daniel de Andrade Levy ao afirmar que, “se as atuais categorias não permitem mais enquadrar as particularidades do fato, então, é mister pensar em sua transformação”. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 259). Cyril Sintez, partilhando de igual opinião, assevera que “ces manifestations préventives ne sont pas sans incidence sur la cohérence des règles de la responsabilité civile. Le lien de causalité, la notion de trouble et de préjudice peuvent apparaître déformés par le principe de précaution. Les manifestations préventives de la responsabilité civile ont à la fois un spectre large et un impact profond [...] ». (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 24).

²⁸² Ao mesmo tempo, a operação, como se viu, permitiria atenuar o estado de ilegalidade.

²⁸³ Daniel de Andrade Levy afirma que isso deve “servir ao menos para questionar a rigidez dos conceitos cimentados pela nossa formação jurídica diante de novas demandas sociais [...]”. (LEVY, Daniel de Andrade, op. cit., p. 167).

²⁸⁴ Como enfatiza Cyril Sintez, diante de todos estes fatores e antes de mais nada, “la place de la prévention [qui n'est pas traditionnellement conçue comme centrale] mériterait alors d'être réétudiée ». (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 183).

adotados estes argumentos, cumprirá à doutrina, sem desconhecer a ilegalidade da atual conjuntura jurisprudencial, forçar as portas já entreabertas.

3 DA PENA CIVIL COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE DANOS

Oferecidas, pois, as bases teóricas para a assimilação do princípio da prevenção pela responsabilidade civil, a questão de sua operacionalização é a etapa seguinte.

Tratar-se-á, na próxima parte deste trabalho, da pena civil enquanto meio de concretização do efeito preventivo no seio deste instituto – não é o único, mas o que se entendeu pertinente apresentar nos limites deste escrito.

Nessa tarefa, abordar-se-ão, inicialmente, suas raízes, por meio do recurso à experiência de outros ordenamentos, com ênfase nos *punitive damages* da *common law*, mas também na *amende civile francesa* e no *dommage et intérêt punitif* do Québec.

Depois, discutir-se-ão os pressupostos e critérios de quantificação da punição civil, bem como a legitimidade para pleiteá-la, a destinação do montante punitivo e a (im)possibilidade de sua securitização.

Por fim, debater-se-ão as garantias materiais e processuais que devem acompanhar a aplicação dessa punição na esfera cível.

3.1 A EXPERIÊNCIA DOS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

É quase impossível falar da sanção punitiva civil sem fazer menção ao conhecido instituto anglo-saxão dos *punitive damages*. Isso porque, se nos países de tradição continental a pena permanece fusionada com a compensação dos danos morais, nos EUA e Inglaterra a nítida separação entre multa civil e indenização já conta quase dois séculos.

Dessa forma, o estudo de sua dinâmica nestes ordenamentos, sem olvidar as diferenças socioeconômicas, culturais e políticas que nos tocam – e as colocando justamente em destaque – serve de importante baliza para a implementação da punição civil no Brasil²⁸⁵. E isso seja no intuito de assimilar a experiência tida como

²⁸⁵ É essa a ressalva que faz Daniel de Andrade Levy, em artigo de sua autoria intitulado “Uma visão cultural dos *punitive damages*”. Nas palavras de Levy: “imaginar os danos punitivos, cujo anglicismo

positiva, seja no desiderato de antecipar as críticas. O percorrer da trajetória dos *punitives damages*, tendo por guia uma comunidade de juristas que já convive há bastante tempo com esse mecanismo, é, em suma, tarefa quase indispensável para a boa operacionalização do instituto em solo pátrio.

Neste escopo, cumpre, primeiramente, mencionar o caminho que nos foi comum.

Como lembra Daniel de Andrade Levy, seja nos países de tradição romano-germânica, seja nas nações de cultura anglo-saxã, a responsabilidade civil moderna nasceu “encravada no juízo moral”. Isto é, em seus primórdios, não havia barreira entre o dano e a conduta do agente, entendendo-se configurado o prejuízo apenas quando reprovável o comportamento do ofensor. Foram as ideias de imputação moral introduzidas por Grotius e Pufendorf, bem como a adição da doutrina de Kant, que imbuíram o instituto de um julgamento de valor acerca do ato e do agente²⁸⁶.

As similitudes, no entanto, cessam neste ponto.

Na Inglaterra e EUA, se até o século XIX a indenização dos danos extrapatrimoniais e a punição eram confundidas pelas cortes, no decorrer desta centúria, diferentemente do que se deu nos países de matriz romano-germânica, os danos morais foram gradativamente reconhecidos como verbas exclusivamente compensatórias.

Os relatórios da Comissão de Direito da Inglaterra e Wales dão conta de que, na segunda metade dos oitocentos, nos *actual damages*, ou seja, danos

já demonstra a dimensão cultural do instituto, é examinar de que forma as culturas jurídicas conseguiram – em maior ou menor grau – dissociar as ideias de sanção e ilícito, sob a ótica de suas características sociais, políticas, religiosas e econômicas. Estudar a reparação do dano é estudar como uma sociedade compensa o injusto, logo, de que forma o injusto serve de exemplo ou simples problema interindividual [...] o que se examinará a seguir é de que forma, nos países anglo-saxões, a convivência entre a responsabilidade civil e a punição se deu muito mais naturalmente, enquanto os países de tradição romano-germânica acabam convivendo de forma um tanto perturbadora com aquela associação”. (LEVY, Daniel de Andrade. **Uma Visão Cultural dos Punitive damages**. Revista de Direito Privado. vol. 45, Jan/ Mar. 2011). Será, fundamentalmente, com base nas lições desta obra que se desenvolverá neste trabalho o exame da pena civil nos ordenamentos estrangeiros.

²⁸⁶ “um dos pensadores que mais contribuiu para uma reflexão social da responsabilidade civil foi Spinoza, que, ao contrariar a ideia de que o mal existe *per se*, permitiu dotar de utilidade e função social aquele instituto, afirmando que só haveria mal – e, portanto, possibilidade de desvalor – na conduta do homem como instrumento em certo contexto, jamais pelo seu simples caráter intrínseco. Infelizmente, as ideias avançadas de Spinoza acabaram convalidando frente à ideia de imputação moral trazida por Grotius e Pufendorf, que fundaram o jusnaturalismo moderno e afirmaram que a atribuição de um ato a seu agente depende de uma causa moral. Daí a Kant bastou que se somasse a ideia de liberdade que o filósofo alemão fez repousar no ápice de seu pensamento subjetivista: ‘é porque a pessoa é livre e racional (capaz de conhecer as determinações da razão prática) que é possível imputar-lhe seus atos’”. (LEVY, Daniel de Andrade. *Uma visão cultural dos punitive damages...* op. cit., p. 5).

emergentes, foi incluída a categoria dos danos morais, isolando-se a punição do ofensor em uma classe separada, a saber, a dos *exemplary damages*. Assim, já nessa época, no Reino Unido foram divisados, de um lado, os *restitutionary damages*, e, de outro, os *exemplary damages*²⁸⁷.

A punição civil, na Inglaterra, nasceu neste contexto com a específica função de coibir abusos de autoridade oriundos de servidores públicos, em um país “centralizado em torno de uma corte autoritária”. Suas hipóteses de aplicação se viram expandidas ao longo do tempo, sem muita uniformidade, até o caso *Rookes x Barnard* julgado em 1964²⁸⁸. Nesta ocasião, a *House of Lords* definiu as três hipóteses de cabimento dos *exemplary damages*, que são as seguintes:

a) atos opressivos, arbitrários ou inconstitucionais oriundos de servidores do governo; b) condutas que sejam economicamente vantajosas para o réu de um ponto de vista econômico, mesmo após eventual indenização a ser paga em termos puramente compensatórios; c) nos casos expressos em lei²⁸⁹.

Na primeira categoria, a que identifica o instituto na Inglaterra, tem-se, por meio da punição dos agentes de governo, a proteção da sociedade contra a violência, opressão e toda sorte de tratamentos discriminatórios oriundos do abuso no exercício das prerrogativas públicas, aplicando-se, na maioria das vezes, às forças policiais²⁹⁰.

No que tange à segunda categoria, por ser alvo de frequentes críticas no Reino Unido, associada à possibilidade de frear o desenvolvimento empresarial, a

²⁸⁷ A íntegra destes relatórios, de título “Law commission for England and Wales consultation paper on aggravated, exemplary and restitutionary damages», pode ser encontrada em www.laecom.gov.uk/docs/lc247.pdf. Acesso em 15/09/2019.

²⁸⁸ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 5

²⁸⁹ No original: “exemplary damages could be awarded in cases (i) of oppressive, arbitrary or unconstitutional acts by government servant ; (ii) where the defendant's conduct had been calculated by him to make a profit himself which might well exceed the compensation payable to the plaintiff; (iii) where expressly authorised by statute”. *Rookes x Barnard*, 1964, A.C. 1129, p. 1.131.

²⁹⁰ Como explica Daniel de Andrade Levy, “a primeira categoria foi também a fundadora de ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil na Inglaterra. A herança monárquica de um país centralizado em torno de uma corte autoritária acabou por destacar o abuso dos servidores públicos como primeira fonte da indenização punitiva [...] as condutas abusivas, nesta categoria, devem derivar exclusivamente de servidores do governo, entendido como o conjunto de funcionários cuja atividade tem natureza executiva, em qualquer nível territorial. A interpretação, já nascida em *Rookes*, é bastante larga, e chega a abranger indivíduos que, embora não sejam servidores estatutários, exerçam determinado ônus público. Basta compreender a finalidade dos *punitive damages* nesses casos, isto é, punir e coibir condutas abusivas derivadas de uma superioridade de poder cujo mote é a função pública exercida, quando essa deveria servir, ao contrário, para representar os interesses dos cidadãos. Enfim, a categoria enquadrará, em sua esmagadora maioria, condutas de autoridades policiais”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 6).

aplicabilidade restou fortemente controlada e mitigada pela jurisprudência inglesa, tendo sido restringida às hipóteses de ilícitos lucrativos já delineadas quando do julgamento de *Rookes x Barnard*, impedindo-se sua expansão²⁹¹.

Em *Cassell & Co. x Broome and Another*, questionou-se, justamente, o entendimento demasiadamente estreito das cortes inglesas acerca das hipóteses de cabimento da condenação em *exemplary damages*. Na oportunidade, no entanto, se reafirmou a excepcionalidade da pena civil, reputando-se inadequada sua ampliação²⁹².

Tal entendimento torna a aplicação dos *exemplary damages* mais acanhada na Inglaterra, porém, por outro lado, como observa Daniel de Andrade Levy, os doutrinadores ingleses pouco parecem se deparar com as críticas, comumente dirigidas aos *punitive damages* norte-americanos, acerca de uma “loteria forense”, ou “indústria das punições civis”²⁹³.

Cumprе destacar, ainda no que toca ao Reino Unido, que no já citado *Rookes x Barnard*, estabeleceu-se os fatores a serem considerados pelo júri e pelos magistrados para a aplicação da pena. Ressaltou-se, na ocasião, a necessidade de estar configurada uma conduta ultrajante, e de se ter como objetivo evitar que ela se

²⁹¹ No escólio de Daniel de Andrade Levy, “a jurisprudência posterior tratou de balizar a categoria, tentando equilibrar, de um lado, as constantes críticas atinentes à impossibilidade de desenvolvimento empresarial, sempre sob risco de uma conduta que possa ser enquadrada no caso e, de outro, a necessidade de coibir essa prática. Desse movimento surgiram dois requisitos, quais sejam, a prova do conhecimento, pelo réu, de que sua conduta é contrária à lei, ou bem um desprezo quanto à legalidade ou ilegalidade de seu ato, bem como uma decisão de prosseguir na lesão na perspectiva de que a vantagem material a ser obtida perpassa a previsão das perdas materiais derivadas de eventual indenização”. Ensina o autor que, além desses requisitos, restou decidido, posteriormente, que só seriam considerados ilícitos lucrativos “aqueles que, antes do caso paradigmático de 1964, também o fossem”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 7).

²⁹² Na ocasião, Lord Reid teceu assim concluiu o rechaço da corte ao pleito de expansão das causas de pedir atinentes à pena civil: “tivemos que escolher entre confinar [os *punitive damages*] estritamente para as classes de casos que já estavam estabelecidos, embora possam produzir um resultado ilógico, ou permitir a sua extensão para que produzam um resultado lógico. Em meu ponto de vista, é melhor, nesse caso, contentar-se com um resultado ilógico do que autorizar a sua ampliação”. Trad. Livre: *Cassell & Co. Ltd. X Broome and Another*. 1973, AC 1.027, p. 1.089.

²⁹³ Como enfatiza o autor ao analisar o que restou decidido em *Cassell & Co x Broome and Another*, “embora entre os dois extremos [aceitar *exemplary damages* em face de qualquer conduta culposa e, de outro lado, aceitá-lo apenas nas hipóteses já estabelecidas antes de *Rookes x Barnard*] possa se imaginar um meio-termo, foi essa limitação que evitou, na Inglaterra, a chamada indústria das indenizações e, do ponto de vista quantitativo, a indústria das indenizações milionárias, tão vivamente criticada hoje do outro lado do atlântico, nos EUA”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 9). Ao ver da doutrina inglesa, tal restrição quanto às hipóteses de cabimento da pena civil assegura, no país, sua intensa valoração social e eficácia moral da pena.

repita, devendo-se, para tanto, levar em conta as circunstâncias pessoais do réu, incluindo a reincidência específica ou genérica.

Daniel de Andrade Levy, com razão, afirma que “o direito inglês nos dá um panorama bastante fiel de um sistema de *punitive damages* controlado, com critérios tipificados de causa de pedir, indenizações razoáveis e um profundo estudo técnico da questão no âmbito dos casos paradigmas”. O autor indaga, no entanto, se não se utiliza do mecanismo de forma demasiadamente estreita, deixando-se de explorar suas potencialidades²⁹⁴.

Já quanto aos *punitive damages* nos EUA, é de se destacar, preliminarmente, que suas regras variam em cada Estado da Federação – inclusive, sete deles não admitem o instituto – sendo possível apenas captar aquilo que se erige em denominador comum^{295 296}.

Nessa tarefa, observa-se que sua aplicação, diferentemente daquela realizada na Inglaterra, está essencialmente voltada para o controle dos agentes econômicos²⁹⁷.

Extremando a pena civil e o dano moral desde 1851, a partir do caso Day x Woodworth²⁹⁸, este país da América do Norte conta com uma bem sedimentada trajetória de punição civil que, ao contrário do caminho de limitação encontrado no Reino Unido, viu seu campo de atuação vastamente expandido com o advento da sociedade de riscos.

Isso porque suas hipóteses de cabimento não são tipificadas, abrangendo toda e qualquer lesão praticada de forma intencional ou gravemente negligente. É de se destacar, neste tema, que não se admite a incidência da sanção punitiva em face

²⁹⁴ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 10

²⁹⁵ Como adverte Flávio Higa, “abordar qualquer instituto jurídico norte-americano com a pretensão de esquadrihar uma moldura global e exaustiva do país pode revelar ousadia ou falta de discernimento, porquanto se trata de cinquenta ‘subnações’ – mais o Distrito de Columbia e Porto Rico – dentro de uma nação”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 73).

²⁹⁶ São os seguintes os Estados que vedam a pena civil: Nebraska, New Hampshire, Louisiana, Massachussets, Washington, Michigan e Porto Rico.

²⁹⁷ No escólio de Daniel de Andrade Levy, “embora com raízes no Reino Unido, o *tort system* norte-americano desenvolveu-se quase isoladamente das demais nações do *Commonwealth*, sobretudo à luz de uma dinâmica econômica própria, e de um olhar sobre o direito muito mais fundado naquela análise financeira [...] a grande diferença entre o sistema americano e o sistema britânico reside na ótica muito mais econômica de que são imbuídos os *punitive damages* no primeiro, enquanto o último se preocupa muito mais com a limitação de abusos”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 12-17). Daí a tomada dos ilícitos lucrativos como a principal fonte de incidência da pena civil nos EUA.

²⁹⁸ Supreme Court of the United States. Day x Woodworth 54 U.S., 1851. Disponível em : <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/case.html>>. Acesso em 20/12/2019.

de simples culpa, com alguns Estados a restringir sua aplicação a condutas dolosas, e outros a afirmar sua aplicabilidade também diante de culpa grave²⁹⁹.

Sua importância se verifica, especialmente, no âmbito das relações de consumo, sendo este, aos olhos da sociedade norte-americana, o principal veículo de denúncia do comportamento dos atores de mercado³⁰⁰.

Bem ressalta Daniel de Andrade Levy que, após o segundo quadrante do século XX, com o *boom* no desenvolvimento de produtos e serviços, o pedido de condenação do réu a pena civil passou a ser “item praticamente essencial” nos processos ajuizados em face de agentes econômicos³⁰¹.

Isso, se de um lado erige o instituto em disseminado e eficaz instrumento de controle de condutas – não apenas em virtude das penas fixadas, mas também em decorrência da contrapropaganda que elas representam para as empresas –, de outro leva a um recorrente questionamento acerca de sua banalização.

Talvez o principal desafio hoje enfrentado pelos defensores da pena civil nos EUA seja a cada vez mais frequente afirmação da existência de uma “*jackpot justice*”. Alardeia-se que litigantes contumazes se aventuram judicialmente em busca de multas civis cuja monta, imprevisível, pode atingir a casa dos milhões de dólares, colocando em risco o bom exercício das atividades empresariais³⁰².

²⁹⁹ Flávio Higa, tecendo comparação em relação ao instituto britânico, lembra que “diferentemente da Inglaterra, o país [EUA] não possui precedentes a restringir, com o mesmo rigor, as hipóteses de imputação [da pena civil]”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 74). Daniel de Andrade Levy sublinha, assim, que se com o advento da sociedade de hiper-consumo o Reino Unido viu a necessidade de não fazer expandir os *punitive damages* na mesma medida, sob pena de perder o controle da punição, nos EUA a lógica foi justamente contrária, com a “percepção progressiva da insuficiência das disciplinas sancionatórias” face aos novos riscos a motivar uma interpretação abrangente do instituto, “possibilitando a condenação em *punitive damages* quando a conduta do réu for intencional ou irresponsável – no original, *willful or reckless*”. Grifa o autor que, no entanto, essa voluntariedade da conduta, que denota sua repreensibilidade, é rigidamente exigida, de forma que “nenhum Estado americano permite *punitive damages* em caso de simples negligência”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma Visão Cultural dos *Punitive damages*...op. cit., p. 11-13).

³⁰⁰ Da terceira geração do *tort law* norte-americano, iniciada em 1960, tem-se, segundo Daniel de Andrade Levy, a conformação do instituto a partir de uma visão segundo a qual “é o interesse da sociedade que prima sobre o interesse individual, e é no intuito de defender a primeira contra atitudes faltosas que o Estado impõe os *punitive damages*, em uma visão estritamente socializante do dano”, tornando as noções de prevenção e precaução linhas mestras da responsabilidade civil nas relações de mercado: “portanto, sob a ótica do Estado, os *punitive damages* americanos são coloridos pela necessidade de prevenção do dano – deterrence – e pela obrigação de garantir o funcionamento da economia pela exclusão dos ‘maus jogadores’”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 10-12).

³⁰¹ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 12.

³⁰² Na lição de Daniel de Andrade Levy, a pena civil é, hoje, nos EUA, “acusada de ser a principal responsável pelo sentimento dos réus – sobretudo companhias – de que o sistema de responsabilidade americano é capcioso e hostil, uma verdadeira *jackpot justice*”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 10). Flávio Higa anota a mesma

Justamente em função dessas críticas, os *punitive damages* encontram recente controle por parte de casas legislativas estaduais, que intentam fixar tetos para a punição civil e destiná-la a fundos públicos, bem como pela Suprema Corte, que tem estabelecido parâmetros de fixação do *quantum* punitivo sob o fundamento de adequar o instituto ao *due process clause*. Cumpre, assim, analisar os hodiernos esforços realizados nesse sentido, verificando o que se pode extrair de positivo e de negativo dessa tendência.

Nessa singra, relevante anotar que, desde 1990, 25 dentre os 45 estados americanos que admitem o instituto – ou seja, mais da metade – adotaram algum grau de restrição ao montante da pena a ser fixado pelo júri³⁰³. Variáveis, no entanto, foram os métodos e valores de que lançaram mão para reagir à aludida “loteria forense”.

Como exemplo, o Estado do Kansas adotou um teto de \$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares)³⁰⁴ e o Estado de Indiana um limite de \$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares)³⁰⁵, ao passo em que o Estado de Iowa estabeleceu apenas uma proporção de no máximo 3 para 1 entre a quantia punitiva e a verba compensatória³⁰⁶, enquanto o Estado da Carolina do Norte fixou um máximo de \$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) ou a *ratio* de 3 para 1, o que for

circunstância, percebendo que os *punitive damages* norte-americanos são instituto “irradiado aos quatro ventos como o ‘Armagedom’ dos tempos modernos contra a estabilidade econômica e o funcionamento do mercado”. Notícia o autor que acusa-se “o método da *common law* de arbitrar *punitive damages* sem restrições e que, sem uma estrutura unificada, continuaria a gerar, de um modo aleatório e bizarro, condenações desproporcionalmente vultuosas”. Destaca o autor que, com base nestas afirmações, não se perde a chance de “espalhar o argumento *ad terrorem* de que isso produziria o pernicioso efeito de inibir novas pesquisas e o desenvolvimento de produtos”, “a indicar [na visão dos críticos] um cenário de crise e clamar pela necessidade de urgentes reformas”, o que veio a culminar, sublinha o autor, na edição de uma série de recentes restrições ao instituto, por meio do legislativo e do judiciário, do que se tratará em seguida. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., passim).

³⁰³ Para completa análise deste movimento, sugere-se a leitura de HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 101-116.

³⁰⁴ O que é superado apenas pelos Estados de Mississippi (\$ 20.000.000,00) e Montana (\$ 10.000.000,00). Kansas Statutes Annotated. Disponível em http://kansasstatutes.lesterama.org/Chapter_60/Article_37/60-3701.html. Acesso em 15/09/2019.

³⁰⁵ É o menor valor dentre os Estados que fixaram um teto punitivo. Indiana Code. Disponível em www.in.gov/legislative/ic/code/title34/ar51/ch3.html. Acesso em 15/09/2019.

³⁰⁶ A proporção máxima, dentro os Estados que a fixaram, é de 5x1, estabelecido em New Jersey. Iowa Code. Disponível em <http://coolice.legis.iowa.gov/coolice/default.asp?category=billinfo&service=iowacode&input+455B#455B.392>. Acesso em 15/09/2019.

menor³⁰⁷. Há, ainda, aqueles, como o Estado de Ohio, que impuseram limite com base em uma proporção sobre o patrimônio líquido do ofensor^{308 309}.

Alguns Entes Federativos, em adição, fixaram em lei, ou por meio de suas Supremas Cortes, os propósitos que devem guiar os jurados na decisão sobre a aplicação da verba punitiva e sua quantificação.

Como exemplo, o Estado da Dakota do Norte dispôs, em seu Century Code, que

em qualquer demanda decorrente de responsabilidade extracontratual, quando houver prova convincente de que o réu agiu culposamente em virtude de opressão, fraude ou malícia, além da verba compensatória, o tribunal ou o júri poderá a conceder, a título de pena e no intuito de reprimir exemplarmente, uma pena civil³¹⁰.

O Estado do Wyoming, por intermédio do Judiciário, declarou, por sua vez, que “a punição do ofensor e a proteção da sociedade e da ordem social são os pressupostos que devem ser considerados como base da doutrina dos *punitive damages*”, seja no que toca a seus requisitos, seja no que diz respeito a sua quantificação³¹¹.

O Estado da Dakota do Sul foi ainda mais criterioso, estabelecendo os elementos a serem levados em conta pelo júri na apuração do *quantum*, que incluem “a) a capacidade econômica do ofensor; b) a proporção entre danos compensatórios e danos punitivos; c) a natureza e a gravidade do dano; d) o grau de culpa do agente; e) qualquer outro fator relevante acerca do comportamento do réu”³¹².

³⁰⁷ North Carolina General Statutes. Disponível em <http://law.onecle.com/north-carolina/1d-punitive-damages/1d-25.html>. Acesso em 15/09/2019.

³⁰⁸ Ohio estabeleceu um limite de 10% sobre o patrimônio líquido da empresa à época do cometimento do ilícito. Ohio Revised Code. Disponível em <http://codes.ohio.gov/orc/2315.21>. Acesso em 15/09/2019.

³⁰⁹ Pertinente destacar, ainda, que em virtude dessa onda de imposição de amarras ao instituto, em 1995 um projeto de lei federal foi aprovado pelas duas casas legislativas americanas estabelecendo o limite de \$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) para a punição civil, ou três vezes o valor da compensação dos danos morais, o que fosse menor. Não obstante, a proposta legislativa foi objeto de veto por parte do Presidente Bill Clinton, em 02/05/1996.

³¹⁰ Íntegra disponível em <<https://www.legis.nd.gov/general-information/north-dakota-century-code>>. Acesso em 15/09/2019.

³¹¹ COURT OF Wyoming. Winthrop C. Condict, Jr., Appellant (Defendant below), and Austin B. Beales (Defendant below) x Joseph R. Hewitt, Appellee (Plaintiff below). n. 3028. 06/03/1962.

³¹² Critérios fixados no paradigma South Dakota Supreme Court. Grynberg x Citation Oil & Gas Corporation. 573 N.W.2d. 1997. Disponível em : <http://caselaw.findlaw.com/sd-supreme-court/1275832.html>. Acesso em 20/12/2019.

A Suprema Corte dos EUA, como dito, também teve sua participação nesse movimento de enrijecimento do instituto, chamando para si, com fulcro na *due process clause*, a responsabilidade de estabelecer alguns limites na sua aplicação.

No julgado *Pacific Mutual Life Insurance Co x Haslip*³¹³, analisado em 1991, a seguradora ré defendia que a punição civil a que fora condenada ofendia a aludida cláusula constitucional por ser quatro vezes maior que o montante dos danos morais arbitrados pelo tribunal de origem. Em sua decisão, a Corte afirmou, pela primeira vez, sua competência para controlar o montante das penas civis.

Nesse sentido, asseverou que a discricionariedade ilimitada por parte do júri poderia, de fato, “ensejar resultados inaceitáveis aos termos da cláusula do devido processo legal”. Sublinhou, assim, que preocupações gerais com a razoabilidade do *quantum* e, principalmente, com o oferecimento de um guia adequado de orientações aos jurados provindos das cortes de julgamento adentravam o cálculo constitucional, podendo a quantia arbitrada, à luz dessas balizas, merecer revisão³¹⁴. Segundo a Justice O'Connor, em enfática passagem, os poderes amplos concedidos ao júri sem critérios objetivos colocam os jurados na posição de legisladores e não julgadores, com ofensa ao direito de defesa.

Todavia, a Corte grifou a impossibilidade de traçar parâmetros matemáticos fixos que pudessem delimitar, rigidamente, o que seria constitucional ou não em termos de valores punitivos³¹⁵.

Asseverou que, no caso concreto, inobstante a *ratio* de 4-1 parecer perto do limite aceitável aos auspícios da cláusula do devido processo legal – o que era reforçado pelo fato de a pena ser, na hipótese, muito acima da multa criminal máxima cominada pelo Código Penal do Alabama –, ela parecia adequada face aos elementos objetivos levados em conta pelo júri naquele caso.

³¹³ Supreme Court of the United States. *Pacific Mutual Life Insurance Company, x Cleopatra Haslip et al*, n. 89-1279. Argued Oct 3, 1990. Decided March 4, 1991.

³¹⁴ Nas palavras do Justice Blackmun, “one must concede that unlimited jury discretion – or unlimited judicial discretion for that matter – in the fixing of *punitive damages* may invite extreme results that jar one’s constitutional sensibilities. [...] general concerns of reasonableness and adequate guidance from the court when the case is tried to a jury properly enter into the constitutional calculus”. Tratou-se, ao ver de Flávio Higa, de uma grande vitória dos reformistas no que diz respeito à restrição dos *punitive damages*. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 126).

³¹⁵ Destacou o Justice Blackmun que, apesar da possibilidade de aferição da constitucionalidade da condenação face à cláusula do devido processo legal, “we need not, and indeed we cannot, draw a mathematical bright line between the constitutionally acceptable and the constitutionally unacceptable that would fit every case”.

Em outra oportunidade, apenas dois anos mais tarde, a Corte foi novamente chamada a decidir sobre o tema em TXO Production Corp x Alliance Resources Corp³¹⁶. Neste caso, a ré buscava a declaração de inconstitucionalidade da pena civil fixada em seu desfavor no valor de \$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares), quando os danos morais foram arbitrados em apenas \$ 19.000,00 (dezenove mil dólares). A Suprema Corte, no entanto, afirmou que a *ratio*, naquela hipótese de 526-1, não era decisiva, em razão dos seguintes elementos: a gravidade do risco que a empresa criou com sua conduta; o fato de seu comportamento ilícito ter sido dissimulado; sua condição financeira abastada.

Assim, a Suprema Corte ofereceu novos critérios – sem, no entanto, afirmá-los de maneira explícita – para balizar o arbitramento do *quantum* punitivo. Atraiu severas críticas, no entanto, pelo fato de ter aduzido anteriormente que a proporção de 4-1 estava perto do limite constitucional, e ter entendido legal (em sentido amplo) punição que superava em mais de 526 vezes o montante compensatório³¹⁷.

Em seguida, em 1996, em BMW of North America x Gore³¹⁸, a Suprema Corte pela primeira vez reformou a decisão de origem, com fulcro na regra da proporcionalidade entre a *compensatory* e os *punitive damages*. Entendeu, na ocasião, que os \$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) arbitrados pelo júri, quantia 500 vezes maior que o dano de \$ 4.000,00 (quatro mil dólares) experimentado pela vítima, era excessivo quando se tinha em mente que o prejuízo fora estritamente econômico, não tendo o ofensor colocado em risco interesses sensíveis.

No excerto, a Corte afirmou que deveria haver uma “correlação razoável” entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*, mas que isso cumpria ser aferido a partir do cotejo com o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor e o montante das penalidades civis ou criminais previstas para hipóteses semelhantes.

³¹⁶ Supreme Court of the United States. TXO Production Corp x Alliance Resources Corp. et al. N. 509, 1993. Decided June 25, 1993.

³¹⁷ Os protestos partiram de membros da própria Corte de julgamento. A justice O'Connor, na ocasião, assim objetou: “indeed, in Haslip the Court observed that na \$ 840.000,00 punitive award, representing four times compensatory damages, may have been ‘close to the line’ of ‘constitutional impropriety’. If the quadruple damages, \$840.000,00 award in Haslip was ‘close to the line’, absent convincing explanation, this \$10 million award – over 500 times actual damages – surely must cross it ».

³¹⁸ Supreme Court of the United States. BMW of North America x Gore. N.559, decided 20 may, 1996.

Daniel de Andrade Levy destaca que, no escólio da doutrina norte-americana, esse julgado representou a primeira grande vitória dos que pugnavam por um controle mais minucioso da pena civil pela Suprema Corte³¹⁹.

Já em 2003, ao examinar o caso *State Farm x Campbell*³²⁰, no qual haviam sido fixados, na origem, *punitive damages* em \$ 145.000.000,00 (cento e quarenta e cinco milhões de dólares), quando os danos morais tinham sido de \$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), a Suprema Corte reiterou que não era possível estabelecer um parâmetro matemático inflexível, mas afirmou que dificilmente uma pena que ultrapassasse em um dígito o montante compensatório poderia ser considerada constitucional, a menos que se estivesse diante de uma conduta extremamente reprovável³²¹. Tal critério ficou conhecido como “*single digit rule*”, sendo, mais uma vez, objeto de severas críticas por parte da doutrina ianque, que afirmou a arbitrariedade da fórmula estabelecida³²².

Por derradeiro, em *Philip Morris USA x Williams*, em que a condenação em *punitive damages* (\$ 79.500.000,00) era quase 97 vezes maior que aquela a título de *compensatory damages* (\$ 821.000,00), a Suprema Corte anulou o julgamento por uma questão formal relativa à jurisdição, e a Corte do Oregon confirmou a condenação nos valores acima apontados, o que, anota Daniel de Andrade Levy, foi visto como uma afirmação da efemeridade da “*single digit rule*”³²³.

O que se pode perceber, nessa trajetória, é a fragilidade no oferecimento de parâmetros rígidos para a realização do controle do *quantum* punitivo – principalmente a impossibilidade de estabelecer critérios matemáticos universais –,

³¹⁹ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 15.

³²⁰ Supreme Court of the United States. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co x Campbell et. al*, n. 408, decided april 7, 2003.

³²¹ Nas palavras do Justice Kennedy, “we decline again to impose a bright-line ratio which a *punitive damages* award cannot exceed. Our jurisprudence and the principles it has now established demonstrate, however, that, in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process. [...] The Court further referenced a long legislative history, dating back over 700 years and going forward to today, providing for sanctions ou double, treble, or quadruple damages to deter and punis. While these ratios are not binding, they are instructive. They demonstrate what should be obvious: single-digit multipliers are more likely to comport with due process, while still achieving the State's goals od deterrence and retribution, than awards whit ratios in range of 500 to 1, or, in this case, of 145 to 1 ».

³²² Flávio Higa relembra a crítica de Calligan Jr, autor americano que, com uma boa dose de ironia, afirmou, em sua análise deste julgado, que a proporção de 7-1 lhe faria mais sentido, por ter significado místico. Todavia, ao que parecia, a Suprema Corte teria preferido amparar-se nas regras do beisebol, porque são 9 jogadores em uma equipe, e 9 são os Ministros da Suprema Corte, além do que, a ratio fixada em Haslip, de 4-1, levava em conta as 4 bases existentes na arena em que disputado o esporte. (Calligan Jr *apud* HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 108).

³²³ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 15.

restando fracassadas todas as tentativas da Suprema Corte norte-americana nesse sentido.

Isso se deve ao fato de que, como largamente apontam os autores da *law and economics*, doutrina base dos *punitive damages*, a imprevisibilidade do montante punitivo é justamente sua maior vantagem, circunstância que, ao ver de Flávio Higa, a Suprema Corte norte-americana insiste em não confessar³²⁴.

Ao não se atrelar a pena civil a limites ou proporções, impede-se que o ofensor realize um cálculo de custo benefício entre a resposta do ordenamento face ao ilícito e o lucro a ser obtido por seu intermédio. É dizer, a sanção punitiva, em um cenário no qual seu *quantum* não se faz pré-fixado, será sentida sempre como uma externalidade, impedindo o agente de mercado de incorporá-la previamente em sua contabilidade.

Dessa forma, a sua variação caso a caso, antes de ser um maléfico efeito colateral do instituto, é crucial para a eficácia preventiva da pena civil, erigindo-se em condição para obstar o contingenciamento da punição por parte dos potenciais ofensores. Tal circunstância, se bem assimilada, denota a racionalidade da oscilação do *quantum* – que deve, no entanto, obedecer a um objetivo racional de prevenção –, e a sua compatibilidade com uma segurança jurídica substancial, que deve prevalecer em detrimento da certeza do direito reclamada pelos agentes econômicos³²⁵.

³²⁴ Para exemplificar, o autor traz a doutrina de David Owen, para quem “a Suprema Corte norte-americana rechaça a possibilidade de o valor das punições ser tabelado pelo Poder Judiciário, mas resiste bravamente a confessar que a relativa imprevisibilidade dos *punitive damages* talvez constitua o seu grande valor intrínseco, porquanto a fixação de montantes ex ante, apesar de reduzir o risco de condenações multimilionárias, privaria os julgadores da necessária flexibilidade para atingir a dissuasão ótima, mediante a confecção de uma ‘roupagem sob medida’ que vestisse perfeitamente os ofensores nos casos particulares”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 110).

³²⁵ Como de forma precisa ensina Flávio Higa, “a relativa imprevisibilidade do montante condenatório constitui um dos grandes valores intrínsecos dos *punitive damages*. trata-se de genuína ‘garantia de eficácia’, no sentido de obstar que os agentes econômicos, guiados por processos de racionalidade, possam optar entre cumprir a lei e pagar as sanções pecuniárias, contingenciando escolhas orçamentárias pautadas apenas no critério de maior lucratividade. Por isso, a tarifação prévia da quantia das punições debilitaria sensivelmente o objetivo dissuasório, tanto por retirar dos juízes a maleabilidade necessária para adaptar o castigo às peculiaridades do caso em apreço, quanto por aniquilar a imprevisibilidade em relação ao *quantum*, que é o elemento primordial do desestímulo” (HIGA, Flávio, op. cit., p. 405-406). Na mesma esteira ensina Paula Meira Lourenço. Preliminarmente, a autora relembra que “resulta da Análise Econômica do Direito (law and economics) que as opções da conduta humana e das pessoas coletivas são enformadas por postulados de ordem econômica. Se o agente compara o *quantum* indenizatório com o lucro previsivelmente lhe advirá da violação da norma, e conclui que a indenização será inferior (a qual só terá de pagar mais tarde, se o lesado intentar uma acção judicial), escolherá a violação da norma jurídica”. Em seguida, afirma que, tendo isso em vista, a indeterminação prévia do montante da indenização punitiva representa uma grande

As demais críticas que são comumente dirigidas aos *punitive damages* nos EUA estão relacionadas, em grande parte, à instituição do Júri.

Objeta-se que os jurados, sem preparo técnico, tendem a julgar de forma emotiva. Assim, acabam por expressar o ódio social ao culpado através de cifras milionárias³²⁶.

vantagem do instituto, “que reside precisamente na impossibilidade de o lesante saber, antecipadamente, qual a quantia que terá de pagar como montante punitivo, impedindo-o assim de fazer uma escolha baseada no raciocínio puramente econômico, nos termos acima referidos”. (LOURENÇO, Paula Meira. **A indenização punitiva e os critérios para sua determinação**. Palestra proferida no Colóquio de título “Responsabilidade civil: novas perspectivas”, organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça português, ocorrida nos dias 13 e 14 de Março. Disponível em <[https://www.academia.edu/37199605/MEIRA LOURENCO P. A indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008](https://www.academia.edu/37199605/MEIRA_LOURENCO_P._A_indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008)>. Acesso em 20/09/2019). Não é outra a opinião de Rosenvald. Nas palavras do autor: “consideramos equivocada não apenas a associação entre os valores das penas e das reparações, como condenamos, ainda, a estipulação legal de valores mínimos e máximos de condenação a título de sanções punitivas aquilianas. É certo que a inexistência de extremas prefixadas possa gerar inquietação aos potenciais ofensores, mas contam com o inegável mérito de excluir a possibilidade de uma prévia contabilidade do agente quanto à vantagem econômica de praticar ilícitos, baseado na estimativa aproximada de uma eventual condenação por seu comportamento antissocial”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 275). Assim também é a lição de Daniel de Andrade Levy: “os maiores clientes do sistema, as empresas, criticam a terrível falta de previsibilidade das indenizações [punitivas], impedindo qualquer cálculo ou contingenciamento de despesas, o que, para qualquer companhia, é talvez pior do que sucumbir. Todavia, talvez ainda seja essa imprevisão a principal arma do Poder Judiciário em casos de abuso do fornecedor, a fim de evitar que as empresas contingenciem as despesas indenizatórias, e, sobretudo, evitar cálculos atuariais e financeiros que possam permitir que a sua receita com o ilícito seja maior do que as indenizações pagas pelos danos que ele causar [...] portanto, as maiores críticas a que vem sendo submetido o *tort law* americano são também, a nosso ver, a sua maior razão de ser. De fato, a imprevisibilidade das indenizações e a eventual insegurança jurídica que isso pode gerar para as empresas têm sido apontadas como as grandes vilãs da responsabilidade civil norte-americana [...] ora, é justamente ao manter os danos punitivos como uma externalidade que o sistema impede a ‘internalização’ desse custo na cadeia produtiva, com a impossibilidade de perpetrar o ilícito. [...] O pensamento da *law and economics* serve, talvez contra o seu próprio objetivo, para perceber o quanto é importante que uma companhia não internalize os custos decorrentes da responsabilidade civil, e que continue a perceber nos *punitive damages* verdadeira externalidade. Assim, não se buscam tanto as indenizações estratosféricas que fazem o folclore jurídico, mas a imprevisibilidade dessas compensações”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão Cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 10-16). Todavia, como lembra Flávio Higa, em posição partilhada por Rosenvald, Paula Meira Lourenço e Daniel de Andrade Levy, não se afirma, com isto, que a apuração do *quantum* possa ser aleatória, mas apenas que não se pode ter como ambição, sendo prejudicial ao próprio escopo do instituto, o delineamento de fórmulas matemáticas. O foco, de modo diverso, deve estar na fixação de diretrizes racionais para orientar o juiz no estabelecimento do montante, consagrando-as em congruência com o princípio da prevenção. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 406).

³²⁶ Como observa Daniel de Andrade Levy, “antes constituídos como forma de contrapor-se ao poder autoritário da metrópole, hoje, a atuação dos júris na seara civil tem sido considerada uma das principais causas de descontrole das indenizações punitivas naquele país. Segundo autores que estudaram a atuação dos júris em diversos tribunais americanos, como Sustain, o seu processo decisório é ‘instável, incerto e imprevisível’. Ou seja, a sua decisão é fruto do consenso de indivíduos leigos, sem formação jurídica e que, na maioria das vezes, definem uma punição – e o seu valor – como base na irrisignação, na revolta e no seu sentimento particular de justiça”. Isso redundaria, sustentam os críticos, em sanções excessivas. (LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil...op. cit., p. 126-127).

Essa sorte de argumentos, afirma Flávio Higa, se disseminou porque é bem engendrada através de uma propaganda “distorcida e espalhafatosa” realizada em torno de julgados que fazem o folclore jurídico. Difícil, a qualquer estudioso da área, não lembrar o famoso caso do derramamento de café do Mcdonalds, corriqueiramente utilizado como exemplo de um instituto “fora de controle”³²⁷.

Não obstante, diversas pesquisas empíricas naquele país comprovam que, ao contrário, não são numerosas as condenações a título de punição civil pronunciadas pelo júri³²⁸, e os montantes, se bem que por vezes fixados em quantia desarrazoada na instância inicial, são conformados à razoabilidade pelos tribunais superiores³²⁹.

Nessa esteira, Anthony Sebok, em ampla análise de dados, afirma, surpreendentemente, que em apenas 4,5% dos processos que veiculam pedido de

³²⁷ Para o autor, apoiando-se na análise de Deborah Rhode, “muito do que os americanos sabem ou pensam que sabem sobre questões jurídicas advém das descrições da mídia, altamente seletivas e distorcidas, nas quais o folclore protagoniza o papel de ‘fato verídico’ e as pesquisas sérias não passam de meros figurantes [...] por isso, basta um punhado de condenações milionárias, com a copiosa reverberação que lhes impingem os ofensores, para fazer aflorar o medo latente de um sistema pouco compreendido. Seria ingênuo e até desonesto olvidar que interesses poderosos estão em jogo nesta mixórdia informacional: grandes corporações exercem forte influência sobre os meios de comunicação e os jurados, e elas têm razões de sobra para manter um *status quo* de indulgência e permissividade. Nessa senda, embora os casos anômalos sejam raros e revelem pouquíssimo sobre a tendência numérica dos *punitive damages*, são eles que orientam a discussão sobre o tema, respaldada, quanto muito, na decisão de primeira instância, antes mesmo de se saber quanto o réu efetivamente pagou. Basta, portanto, a veiculação de um caso de condenação estratosférica em primeira instância para aniquilar todo o instituto”. É nessa linha que o autor lembra do caso do café quente do Mcdonald's. Se tratou de ação ajuizada pela Sra. Stella Liebeck contra a rede de Fast Foods, após ela ter derrubado café quente em suas pernas e experimentado, por isso, queimaduras de terceiro grau. O caso, destaca o autor, é “içado à condição de epítome, prova irrefutável da inconveniência da ‘aberração jurídica’ que representam os *punitive damages* e da sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro”. Enfatiza o autor que, “apesar de ser uma decisão do júri do condado de um Estado [Novo México] pouco expressivo da Federação, cujo valor foi diminuído em mais de 75% pelo próprio juiz do caso e encerrado mediante acordo com cláusula de confidencialidade, é tratado como o argumento decisivo para justificar a crise, a falta de investimentos de empregos, de serviços de saúde, etc”. O autor fala, por isso, em uma tempestade em copo de café, que é vastamente desmistificada por dados de pesquisas fiáveis acerca do instituto, como se verá logo adiante. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 5-38).

³²⁸ Disso se tratará logo a seguir.

³²⁹ Exemplo disso é o próprio caso do café quente do Mcdonald's. Apesar de ter sido fixada multa civil no valor de \$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil dólares) pelos jurados, tal montante foi reduzido pelo próprio juiz que presidiu o júri para \$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil dólares), sendo a causa encerrada por meio de um acordo antes da subida do recurso de apelação ao tribunal. Destaque-se que, ao contrário da forma caricata como se enxerga essa condenação, relevante sublinhar que decisivo para a formação da convicção dos jurados foi um relatório juntado aos autos no sentido de que mais de 700 pessoas já haviam sofrido queimaduras graves com o café da rede de fast food nos 3 anos anteriores ao julgamento, de sorte que o júri teve em vista, principalmente, a repetição da conduta – o McDonald's servia café em temperatura acima do recomendado –, e a necessidade de sua dissuasão. A quantia, por sua vez, foi fixada com base na estimativa do lucro que a venda do café rendia para a fornecedora diariamente.

pena civil, a verba punitiva é efetivamente concedida³³⁰. Semelhante porcentagem foi encontrada no estudo de campo realizado por Martin e Daniels (4,9%)³³¹, bem como em pesquisas confeccionadas por órgãos oficiais (5%)³³².

Isso, no entanto, não impediu que, mais recentemente, novas alegações de um “desgoverno do instituto” redundassem em outras modificações na sua dinâmica.

Nesse sentido, treze Estados da Federação estabeleceram que o *quantum* punitivo deve ser destinado parcial ou integralmente ao erário, sob a justificativa de pôr freios à “loteria forense”³³³.

De forma semelhante, ao menos vinte e seis casas legislativas estaduais permitiram, sob forte lobby das empresas, que fosse contratado seguro tendo por objeto as condenações em *punitive damages*³³⁴.

O que se nota, em suma, a partir dessa breve análise, é uma consolidação da pena civil na cultura norte-americana. Há amplo conhecimento e manejo da sanção punitiva por parte de uma sociedade que, através deste instrumento, se engaja na missão de denunciar os comportamentos antissociais. Este movimento, no entanto, se depara com outro, contrário, que pretende submeter o instituto a rígidos controles.

Apesar destes percalços, crucial observar que não há efusiva afirmação, na prática jurídica norte-americana, da estranheza de uma pena na jurisdição civil, nem da imoralidade na destinação à vítima de uma quantia que ultrapassa seu dano – algumas vezes em milhões de dólares³³⁵ –, inobstante se afirmar que esta última circunstância redunde em um incentivo a demandas frívolas.

³³⁰ SEBOK, Anthony J. *Punitive damages* in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. **Tort and insurance law**, v. 25. New York: Springer Wien, 2009, p. 157.

³³¹ DANIELS, Stephen; MARTIN, Joanne. Myth and reality in *punitive damages*. **Minnesota Law Review**, p. 1-64, v. 75, 1990-1991.

³³² Assim o estudo realizado pela Bureau of Justice Statistics, em 2005, este que é órgão componente do Departamento de Justiça norte-americano. Semelhante porcentagem foi encontrada por Erik Moller e os pesquisadores por ele dirigidos. MOLLER, Erik et al. *Punitive damages* in financial injury jury verdicts. **Journal of legal studies**, v. 28, University of Chicago press, 1999.

³³³ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 91.

³³⁴ HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 123.

³³⁵ Como com perplexidade observa Suzanne Carval, “il est choquant, par exemple, que des plaideurs américains reçoivent, à l’issue de procès en responsabilité, des sommes égales à plusieurs millions de dollars, même si l’ont sait qu’une partie de ces sommes servent à payer très gros honoraires d’avocats ». (CARVAL, Suzanne, op. cit., p. 362).

Nos países de tradição romano-germânica, de outro lado, esses são óbices importantes à aceitação do instituto, de forma que uma implementação da pena civil nestas nações não pode desconsiderar estes elementos.

Há consenso na doutrina no sentido de que são fatores socioeconômicos, políticos e culturais que redundam nessa diferença entre as tradições jurídicas de pena civil³³⁶.

Não se pode olvidar a enorme influência católica na conformação do instituto da responsabilidade civil nos países romano-germânicos. Estes, colhendo o impacto da *Summa Teleológica* de São Tomás de Aquino, condenam de forma veemente o enriquecimento ilícito³³⁷, figura sempre presente nas decisões pátrias acerca do dano moral – aludindo-se que a quantia compensatória não deve ser tão alta a ponto de enriquecer o ofendido³³⁸.

Explica Daniel de Andrade Levy que “a concepção do dinheiro e da riqueza na religião católica é complexa”, e dentre as condutas reprováveis aos olhos de deus, “são aquelas que envolvem dinheiro as mais propensas à imoralidade”³³⁹. Daí decorre, em primeiro lugar, uma histórica dificuldade dos países de tradição romano-germânica em aceitar a indenizabilidade do dano moral.

Cumprе lembrar, a título de exemplo, que no Brasil a discussão sobre a reparabilidade das lesões existenciais cessou apenas em 1988, com a promulgação

³³⁶ Nesse sentido escrevem Judith Martins-Costa, Mariana Souza Pargendler, Maria Celina Bodin de Moraes, Daniel de Andrade Levy, Nelson Rosendal, Flávio Higa, dentre outros.

³³⁷ O autor defendeu a ideia católica de justiça comutativa, condenando moralmente o enriquecimento injustificado. Nesse conceito inseria a atribuição ao ofendido de um montante pecuniário provindo do patrimônio do ofensor que não guardasse estrita equivalência com o valor do dano pela vítima experimentado. O causador do dano deveria ser liberado mediante tão somente a restituição integral de soma pecuniária no valor da lesão que havia ocasionado. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 23-24). Daniel de Andrade Levy, com apoio na doutrina de Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, destaca que a influência dos ideais de justiça comutativa por São Tomás de Aquino (pelos quais baniu-se qualquer transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro), vai acabar por dificultar a dissociação entre dano moral e dano punitivo no Brasil, como se verá adiante. O autor resume, antecipadamente, que essa intrincada sobreposição entre dano moral e pena nos países de tradição romano-germânica “resulta da condenação bastante acentuada em nosso ordenamento do enriquecimento ilícito”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 19).

³³⁸ Relembre-se, nesse sentido, o REsp 259.816, paradigma no tema do arbitramento dos danos morais, tendo sido citado mais de 260 vezes no âmbito do STJ, e que tem o seguinte teor: “[...] não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema, uma vez que não existem critérios predeterminados para a quantificação do dano moral, esta Corte Superior tem reiteradamente se pronunciado no sentido de que a indenização deve ser suficiente a restaurar o bem estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido”. (REsp 259.816/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 27/11/2000, p. 171) (grifei).

³³⁹ LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil... op. cit., p. 94.

da Carta Magna. Havia, e ainda há, uma forte aversão dessas sociedades à aludida “precificação da dor espiritual”, uma reprovação moral do recebimento de riqueza por ocasião de um dano d’alma – o pejorativamente chamado *pretium doloris*³⁴⁰.

Não por outra razão, nossos autores, em grande parte, respondiam – contornavam, em verdade – ao argumento cultural-religioso de que seria repugnante pagar a dor com dinheiro, com o de que seria tanto ou ainda mais injusto e imoral deixar passar impune o ofensor. É dizer, a indenização do dano moral, nos trabalhos doutrinários e decisões judiciais que as admitiam antes do advento da Constituição, tinha fundamento não na importância das situações jurídicas existenciais, mas na culpa do ofensor e a necessidade de sua expiação³⁴¹.

³⁴⁰ Wilson Melo da Silva, autor que escreveu, já na década de 50, primorosa obra sobre o assunto, aponta que os argumentos da corrente contrária à possibilidade de indenização do dano moral eram, basicamente, dois. (SILVA, Wilson Melo da. **O dano morale sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 335). O primeiro seria o fato de que inexistiria um denominador valorativo capaz de objetivamente auferir o prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, a impossibilidade de através de um cálculo matemático – como é feito com o dano material – transformar em um equivalente pecuniário absoluto o dano moral por ela sofrido. Neste argumento já se vê, indiretamente, a influência da Summa Teleológica de São Tomás de Aquino. Como seria possível avaliar objetivamente em dinheiro o sentimento de alguém? “Como podem a dor ou os sentimentos ser considerados objetivamente para os fins de seu ressarcimento?”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, p. 243, v.9, n.29, 2006). Ou, como indagava Carbonnier, “le dommage morale c’est lui qui ne port aucune atteinte au patrimoine. Ce qui fait surgir une objection: comment peut-on réparer en argent un perte qui, par définition, n’est pas d’argent?” (CARBONNIER, Jean. **Les biens et les obligations**. In: Droit civil. 5. Ed, v. II, Paris: PUF, 1967, p. 588). Ou, ainda, como era a opinião de grande parcela de nossa jurisprudência, “aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar” (Este entendimento pode ser encontrado em decisão do STF datada de 1921, com *ratio decidendi* repetida em 1948: “Só é indenizável o dano material, não o sendo o moral, por insuscetível de avaliação”. In: SILVA, Wilson de Melo da, op. cit., p. 325-326.). O segundo argumento, de ordem ainda mais explicitamente moralista, ia no sentido de que tais danos não se reparam simplesmente porque é “imoral e chocante a conversão da dor em dinheiro” (SILVA, Wilson Melo da, op. cit., p. 335). Como com veemência bradava Savatier “atribuir à vítima o objetivo de ser reparada por um sofrimento tão grande através de uma alegria – em pecúnia – tão vulgar, seria torná-la desprezível”. (SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**: civil, administratif, professionnel, procédural, t. II, 2.ed. Paris: LGDJ, 1951, p.93). Ou, como apontava Gabba, “me parece escandaloso moralmente investigar como ressarcir em dinheiro o sofrimento de uma mãe cujo filho tenha sido morto” (GABBA, Carlo Francesco apud VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: E.V. Editora, 1997, p. 254). Faz-se necessário ter especial atenção a estas circunstâncias porque elas denotam que os dogmas católicos permearam intensamente a discussão acerca da possibilidade de indenização do dano existencial no Brasil e despontaram como protagonistas na vitória da corrente negativista até o advento da Carta Magna. A percepção da grande influência social da religião católica muito nos diz sobre a tomada da punição do ofensor como fundamento não confessado do instituto, e bem assim nos mostra, quando temos em vista a summa teleológica, a contínua recorrência à figura do enriquecimento sem causa.

³⁴¹ Maria Helena Diniz, por exemplo, respondia ao argumento da imoralidade da compensação pecuniária da dor apontando que “imoral e injusto seria deixar impune o ofensor ante graves consequências provocadas pela sua falta. A reparação pecuniária de um dano moral imposta ao culpado representa uma sanção justa para o causador do dano moral”, (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 77). Yussef Cahali também assim apontava: “dizer-se que repugna à moral reparar-se a dor alheia com o dinheiro

Disso resulta que dano moral e pena nasceram e cresceram, nos países de matriz romano-germânica, como lados opostos da mesma moeda. Assim o escólio de Daniel de Andrade Levy:

A dificuldade ética em aceitar a compensação da violação moral encontrou na pena o seu principal aliado, que passou a justificar essa indenização [...] seria possível escapar do pecado ao enxergar no dano moral não uma compensação da dor da vítima, mas uma pena para o ofensor [...] ao se encontrar no fundamento da punição a legitimação da reparabilidade do dano moral, cria-se uma confusão que até hoje prevalece³⁴².

Na mesma esteira a lição de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler:

Para legitimar a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida passou-se a defender que a indenização do dano moral seria não só legítima, mas também necessária, pois, do contrário, o ofensor restaria impune. Dessa maneira, afastaram-se os óbices de cunho ético-social e justificou-se a indenizabilidade do dano moral com fundamento (implícito) na noção de pena privada. A punição do ofensor – o ódio ao culpado – mais que a indenização da vítima, estava já no fulcro da argumentação jurídica³⁴³.

é deslocar a questão, pois não está se pretendendo vender o bem moral [...] por outro lado, mais imoral seria proclamar-se a total indenidade do causador do dano”. (CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28). Na mesma toada ia Humberto Theodoro Júnior: “o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitio apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A liquidação do dano moral**, Ensaios Jurídicos – O direito em revista. IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica. v.2, Rio de Janeiro, 1996, p. 509). Não era outro o ensinamento de Rui Stocco: “se não se pode compensar a dor com o dinheiro e se imoral é a reparação das lesões aos bens da natureza ideal com bens outros de natureza econômica, justo é, por outro lado, que se deixe sem reparação alguma a dor, *ad exemplum*, de um pai que vê seu filho estupidamente morto sob as rodas de um carro assassino? Um impulso forte generoso não nos levaria, nessa conjectura, a clamar por um castigo contra o ofensor e por uma reparação qualquer em favor da vítima angustiada?”. (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. rev,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1684). Também na doutrina estrangeira, nos países de tradição católica, tentava-se, com fundamento na punição do ofensor, contornar os entraves culturais a uma indenização do dano moral. Geneviève Viney, relendo a obra de renomados juristas franceses da década de 60, aponta que a opinião de Dupichot resumia bem o sentimento da época: “a pena privada é a única suscetível de justificar a indenização do dano puramente moral”. (DUPICHOT, Jacques apud VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité**, 2.ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 9, tradução livre). E Carbonnier defendia fortemente a tese, proclamando que “injuste que la faute du responsable n’eût pas de sanction: les dommages-intérêts se justifient alors comme une sorte de peine privée”. (CARBONNIER, Jean apud CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 35)

³⁴² LEVY, Daniel de Andrade. Responsabilidade civil... op. cit., passim.

³⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito brasileiro. Brasília: **Revista CEJ**, n.º 28, p. 22-23, jan./mar., 2005.

De outro lado, no entanto, a ideia católica de justiça comutativa, segundo a qual é imoral que o ofendido receba montante que não guarde estrita equivalência com o valor de seu dano, impulsionou o próprio dogma reparatório, e ainda hoje permeia a responsabilidade civil dos países que comungam dessa religião.

Desse modo, a pena, apesar de se erigir em “implícita justificativa” para o arbitramento do dano moral, não é confessada, pois sua destinação à vítima implica em “transferência injustificada de riqueza de um sujeito a outro”.

O resultado, assim, é uma tradição jurídica em que pena civil e dano moral convivem em uma “intrincada sobreposição”, de forma a sequer ser possível saber, na maior parte das vezes, se a verba está sendo destinada a punir o ofensor, a compensar a vítima, ou a ambos³⁴⁴.

Nos países da *common law*, de forma diversa, destaca Daniel de Andrade Levy que não há condenação dos valores protestantes à ideia de “compensação pecuniária da dor, assim como um repúdio bem menor à ideia de vingança [*rectius*, punição], comparativamente ao pensamento católico”. Como ensinou Weber, “na ascese protestante, o espírito do capitalismo não tem nada de condenável”. Isso resultou na aceitação, pela Inglaterra e EUA, com muita naturalidade, tanto da “ideia de um *punishment* puramente fundado na *vindicatio*”, como na “ideia de um dano moral puramente fundado na compensação financeira do sofrimento”³⁴⁵.

Ainda, há um fator político a ser considerado, consistente na diversa “forma de construção do Estado e da sociedade”. Daniel de Andrade Levy lembra que a comunidade brasileira foi estabelecida de cima para baixo, decorrente uma centralização na figura do Estado, de forma que “o Estado brasileiro é transcendente aos seus cidadãos, do qual eles dependem na manutenção de suas relações e, sobretudo, na resolução de seus conflitos”. De modo oposto, nos EUA a sociedade fundou-se de baixo para cima, calcada em um federalismo *strictu sensu*. Assim, “o indivíduo aparece como átomo fundador da sociedade, e o Estado se comporta apenas como mero instrumento de ajuste das relações interindividuais”³⁴⁶.

Isso, ao ver do autor, torna habitual que o sistema de responsabilidade civil americano parta do indivíduo para chegar ao Estado, e não o contrário, de sorte que

³⁴⁴ Como sintetiza Daniel de Andrade Levy, “ao se encontrar no fundamento da punição a legitimação da reparabilidade do dano moral, cria-se uma confusão que até hoje prevalece”. (LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 20).

³⁴⁵ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 19.

³⁴⁶ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 20.

“a ideia do indivíduo social, cuja atuação para garantir o equilíbrio do sistema econômico é essencial, parece justificar uma série de concepções do *tort law*” que a sociedade brasileira, constituída de uma “infinidade de vínculos entre particular e Estado”, tem dificuldades em interiorizar.

Tais divergências explicam, assim, a trivialidade com que se admite, nos EUA, que o cidadão possa não apenas trazer ao conhecimento do judiciário uma “conduta que poderia afetar todo o equilíbrio social”, mas também possa ser, através da quantia punitiva, recompensado pelo exercício desse verdadeiro múnus público³⁴⁷. De outro lado, a ideia parece estranha aos países de tradição romano-germânica, não sendo por outra razão que o Supremo Tribunal alemão, instado a se manifestar sobre o tema, assim decidiu:

Inadmissível que em um ordenamento como o germânico, em que o Estado tem o monopólio de aplicar as sanções, um cidadão possa assumir a função do Ministério Público, pretendendo sejam cominadas as penas em decorrência de um ilícito civil e, pior, que delas possa se beneficiar³⁴⁸.

Estes elementos, que vão além da esfera jurídica e cujas repercussões mais específicas na implementação da pena civil no Brasil serão analisadas em seguida, devem ser levados em conta para não redundar na importação acrítica de um instituto estrangeiro³⁴⁹.

³⁴⁷ LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos *punitive damages*...op. cit., p. 20-22.

³⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas...op. cit., p. 57.

³⁴⁹ O que se quer, aqui, evitar, é precisamente captado por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler em sua introdução ao tema dos *punitive damages*. Para tanto, as autoras se servem da doutrina do antropólogo Gilberto Freyre. Transcreve-se: “No prefácio à quarta edição do seu Problemas Brasileiros de Antropologia, em 1973, alertava Gilberto Freyre para a importância de se atentar aos dados sociológicos e antropológicos na análise dos problemas nacionais. No seu entender, a compreensão desses problemas não seria alcançada nem pelo apego simplista às soluções jurídico-políticas, nem pelo ingênuo pan-economismo messiânico então em voga, nem por quaisquer outras saídas que, desconhecendo os nossos dados culturais de base, nada mais estariam a significar que uma espécie de progresso in vácuo – irrespective of time and place or of man’s external environment. A observação nos parece atual e oportuna não apenas para o exame dos ‘problemas brasileiros’ mas como aviso de método no Direito Comparado. Felizmente, mais e mais se afirma a ideia da comparação como consciência da alteridade, da distância, das diferenças culturais, é dizer, das singularidades inscritas em determinadas tradições jurídicas. Chega-se mesmo a falar, em vez de ‘comparação jurídica’, na ‘análise diferencial das jurisculturas’, apontando-se à sua função eminentemente crítica e até mesmo ‘subversiva’ do dogmatismo e das concepções estereotipadas. Esses novos direcionamentos ensejam a ultrapassagem da comparação jurídica como um exercício de ‘jornalismo jurídico’ (estampado na tão enfadonha quanto corriqueira justaposição das regras legais dos ‘Direitos’ nacionais), ou como um ‘turismo do conhecimento’, ingenuamente deslizando por sobre as superfícies de horizontes hermenêuticos que são, fundamentalmente, desiguais e intraduzíveis. Também ao tratar da comparação jurídica, não devemos esquecer do ensinamento de Benjamin: dans Brot et pain le visé est assurément le même, mais non la manière de le viser.

Antes de passar a essa tarefa, no entanto, cumpre mencionar que, apesar dessas nuances, o fenômeno da punição civil não é mais exclusividade dos países de *common law*, tendo sido recepcionado recentemente pelo Québec e estando em vias de sê-lo pela França.

Melanie Samson ressalta que nessa província do Canadá³⁵⁰, o artigo 49 da Constituição, editado em 1975, consagrou a figura do “*dommages-intérêts punitifs*”. Eis a redação do dispositivo:

Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

A autora leciona, no entanto, que por não se inserir na lógica habitual do Direito Civil, e em virtude da grande importância dada na cultura jurídica local à vedação ao enriquecimento sem causa, os tribunais conferiram, inicialmente, uma interpretação restritiva – e, ao ver da autora, equivocada – ao texto legal.

Melanie Samson destaca que, em uma hermenêutica demasiadamente apegada ao Direito Civil clássico, a jurisprudência por muito tempo se recusou a fixar uma sanção punitiva quando um dano não estivesse configurado.

No Arrêt Béliveau St-Jacques³⁵¹, por exemplo, julgado em 1988, a vítima demandava em juízo a fixação de uma pena civil contra seu empregador que,

Teremos, assim, permanentemente presentes as diferentes tradições jurídicas – a nossa e a anglo-saxônica – no exame de um instituto tão revelador de um modo de ver o mundo como são os *punitive damages*. o exame de sua compatibilidade, ou não, com o Direito Brasileiro (tendo em vista a progressiva aceitação que essa pena vem conquistando na doutrina e jurisprudência) não se afastará, assim, da atenção ao lugar como requisito de método, que significa a atenção ao sistema civil-constitucional da responsabilidade por danos e a consideração, ainda que implícita, aos dados antropológicos, aos traços que delineiam as diferentes faces culturais, os “estilos” ou o ethos de cada país, ainda que vivamos, hoje mais do que nunca, em sociedades complexas, marcadas pela convivência de várias temporalidades e pela superposição dinâmica de trânsitos culturais”. (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza, op. cit., p. 16). Ou, nas palavras do eminente historiador brasileiro Sérgio Buarque de Holanda, a consideração de nossas peculiaridades socioeconômicas, políticas e culturais, é essencial para evitar que sejamos, vez mais, “desterrados em nossa terra”, por meio da “implantação” forçada de um instituto que não encontra arrimo em nosso solo. (BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986).

³⁵⁰ A análise do percurso Québécois no que diz respeito à pena civil estará toda centrada no já referenciado artigo “Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et...révolution?”, de autoria da professora Mélanie Samson.

³⁵¹ Cour Suprême du Canada. Béliveau St-Jacques C. x Fédération des employés et employées. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1398/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

consoante ação de indenização por danos morais transitada em julgado na seara trabalhista, havia lhe assediado sexualmente. A Suprema Corte do Canadá, mantendo a decisão de origem que não conheceu da petição inicial, afirmou que, em virtude de disposição vedando a demanda de responsabilidade civil quando a vítima houver logrado êxito em ação trabalhista, a ação cível não era cabível. A Corte Suprema, pelo placar de 5 a 1, afirmou, assim, a acessoriedade e dependência do recurso à pena civil em relação aos danos morais.

Foi apenas em 2010 que a jurisprudência iniciou a revisão deste posicionamento, o que teve origem com o Arrêt Brault & Martineau³⁵².

Melanie Samson enfatiza que o paradigma da decisão era não a Carta Constitucional, mas o Código de Defesa do Consumidor que, recém-editado, trazia disposição ainda mais clara no que toca a ser o ilícito o pressuposto da pena civil, instituto autônomo, portanto, em relação à compensação de danos. Na ocasião, a Corte de apelação confirmou a decisão do juiz de primeiro grau que havia acordado uma multa civil em favor do autor mesmo sem estar configurada lesão.

Por influência dessa decisão, afirma a autora, a Suprema Corte Canadense, tendo agora por objeto de análise o artigo supratranscrito da Constituição, chancelou tal entendimento – que vinha sendo seguido desde 2010 por parte dos magistrados – no Arrêt Montigny³⁵³.

Tratava-se do caso de um homem que, sem aceitar a ruptura do casamento, colocou fim à vida da esposa e seus dois filhos e, após, se suicidou. O juízo de origem negou o pedido de indenização por danos morais que havia sido intentado pelos parentes das vítimas em representação a elas. Isso sob o fundamento de que todas as vítimas haviam morrido instantaneamente, sem experimentar, por isso, abalo moral. Por consequência, aplicando o entendimento do Arrêt Béliveau St-Jacques, segundo o qual a sanção punitiva seria dependente da compensatória, o tribunal *a quo* negou a condenação também a este título.

Interposto recurso extraordinário, a Suprema Corte Canadense foi chamada a se manifestar sobre duas questões: deveria decidir se a punição dependia de

³⁵² Cour d'appel du Québec. François Riendeau x Brault & Martineau inc. Íntegra do julgamento disponível em < <https://tjl.quebec/wp-content/uploads/2015/04/Riendeau-c.-Brault-Martineau.pdf>>. Acesso em 20/12/2019.

³⁵³ Cour Suprême du Canada. Montigny x Brossard. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/item/7892/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

prévia condenação por danos morais; e cumpria responder se ela poderia incidir sobre o patrimônio do ofensor mesmo após sua morte.

No voto-vencedor, o Ministro Relator do caso pugnou por uma interpretação que pudesse exprimir a flexibilidade e diversidade necessárias à tutela dos direitos fundamentais, propondo, assim, uma hermenêutica geral, contextual, e pragmática da Constituição. Em seu desiderato de proteção aos interesses sensíveis, afirmou que nenhuma razão haveria para condicionar a punição à concretização do dano, quando o texto constitucional era silente. Destacou, por fim, que consagrar a autonomia da pena civil se fazia necessário para pôr termo aos comportamentos, usos e métodos, incompatíveis com a carta de direitos da personalidade, mesmo na ausência de dano, e precisamente para que dano não se configurasse. Assim, afirmou a autonomia da multa civil em relação aos danos morais.

Todavia, decidindo a outra questão, a Corte entendeu que, naquele caso específico, seria inútil aplicar uma punição ao *de cuius*, mesmo em sua função de exemplariedade, pois que a conduta, como fica evidente do fato de o ofensor ter se suicidado após, foi marcada por um desespero que tornava ilusória qualquer perspectiva de produzir um efeito de dissuasão.

Por fim, em outra ocasião, no Arrêt Richard c. Time Inc³⁵⁴, a Corte foi além na interpretação do dispositivo, para afirmar que um atentado aos direitos da pessoa não necessariamente atrai a aplicação da pena civil. Estabeleceu que apenas as ofensas injustificáveis, repreensíveis, que ofendem o senso de dignidade da comunidade, deveriam ser objeto de punição, pois apenas elas justificam uma postura preventiva por parte do Estado.

Assim, restou estabelecido que, diante de um atentado a interesses sensíveis, o Tribunal deveria colocar a questão acerca do caráter intencional da conduta do ofensor, verificando, a partir disso, a pertinência da condenação ao pagamento de uma pena. A Corte reafirmou, ainda, que para essa tarefa, a existência ou não de prejuízo seria circunstância impertinente, podendo ser levada em conta, tão somente, no cálculo do *quantum* punitivo, como agravante ou atenuante.

³⁵⁴ Cour Suprême du Canada. Richard x Time Inc. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7994/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

Dessa breve análise, o que se extrai, em conclusão, é que houve clara resistência da jurisprudência *quebecoise* em aplicar uma sanção punitiva autônoma aos danos morais, reforçando as diferenças socioeconômicas, políticas e culturais que nos tocam em relação aos países da *common law*.

Não obstante, gradativamente estes obstáculos foram superados, e o recurso à punição civil no Québec é, hoje, autônomo em relação à compensação de danos, e a atribuição desse montante tem, por meio da oneração do autor de ilícito intencional e particularmente inaceitável, o bem definido escopo de prevenir a reiteração de condutas da mesma natureza.

Sua trajetória, no entanto, deve deixar o alerta para a necessidade de extremar, em lei, que é o ilícito – qualificado com a intenção – o pressuposto da pena, não guardando qualquer relação com o dano moral.

Por derradeiro, nada simboliza mais a progressiva abertura dos países de tradição romano-germânica à assimilação, pela responsabilidade civil, do princípio da prevenção, que o fato de a França estar em vias de consagrar uma sanção punitiva civil completamente autônoma ao dano moral.

Emblemático porque se trata da nação cujo Direito Civil restou historicamente mais impregnado com o princípio da reparação integral, dogma este que teve suas bases desenvolvidas em solo francês, e sua ideia enunciada e exportada na máxima de mesma língua: “*tout le dommage, mais rien que le dommage*”.

Pois bem, com a iminente consagração do novo art. 1.266-1 do Código Civil dos franceses³⁵⁵, a reparação integral já não mais vigera de forma absoluta e intransigente, o que logo deve trazer os ares do questionamento do velho princípio para este lado do Atlântico.

O dispositivo legal em apreço terá, conforme a proposição aprovada pelo Senado, o seguinte teor:

En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette

³⁵⁵ Após consulta pública, e longa tramitação, o projeto de lei foi apresentada ao Senado em 13/03/2017, e aprovado no final de 2019. Íntegra do Código Civil Francês vigente disponível em < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em 20/12/2019.

amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable.

O vindouro texto da lei, como se vê, será exauriente, com sua atenção voltando-se à descrição do pressuposto que dispara a pena civil (um ilícito qualificado com culpa grave), aos critérios de quantificação da punição (grau de culpa, capacidade financeira do ofensor e lucro ilegal), a seus limites (5% da receita da empresa ou o décuplo do ganho ou economia realizada), bem como a sua destinação (fundo de indenização ou, subsidiariamente, o Tesouro público) e à vedação de sua securitização.

O exemplo do direito francês, que ainda não pôde ser observado na prática, serve, no entanto, de base e de grande impulso para o empreendimento defendido neste trabalho. Isso tanto pela boa técnica legislativa, quanto pelo impacto que causará no espírito dos países de tradição romano-germânica, dada a implementação da pena civil justo na nação berço da responsabilidade reparatória.

Tomando por modelo a experiência destes quatro ordenamentos (dois da *common law* e dois da *civil law*), e à luz das lições que puderam ser extraídas de sua análise, passa-se, finalmente, ao debate acerca da operacionalização do instituto no Brasil.

3.2 OPERACIONALIZAÇÃO DA PENA CIVIL À LUZ DO CONTEXTO BRASILEIRO

Nessa tarefa, a exposição seguirá a seguinte ordem: a) tratar-se-á, inicialmente, do princípio da legalidade e do grau de exigência que ele formula face à pena civil; b) depois, abordar-se-ão os pressupostos e critérios de quantificação da sanção punitiva; c) em seguida, será objeto de análise a (des)necessidade de estabelecer a proibição do seguro de multa civil; d) adiante, debater-se-á o significado da garantia material do *non bis in idem*, e suas repercussões na aplicação da pena civil; e) após, versar-se-á acerca da legitimidade para pleitear a sanção punitiva; f) e, por fim, discutir-se-á a destinação do montante punitivo.

3.2.1 O princípio da legalidade e os pressupostos da pena civil

É de se lembrar que, como visto, a pena civil não escapará à necessidade de introdução pela via legislativa. Todavia, tem-se, com apoio em ampla doutrina, que essa garantia material não formula, na jurisdição civil, o mesmo rigor que na seara criminal.

Isso em função da já destacada diferença de gravidade que toca a essas sanções. A punição civil restringe apenas a liberdade econômica e o direito de propriedade do ofensor, enquanto a sanção criminal pode atingir sua liberdade pessoal e, diante do estigma que acompanha a condenação nessa seara, sempre ofenderá a dignidade do réu – efeito que não é estranho à jurisdição civil, mas que é certamente maior na esfera penal dado o preconceito que segue o sentenciado criminalmente.

Desse modo, adere-se ao entendimento segundo o qual a exigência de legalidade que se formula para a pena civil pode ser mitigada, ou seja, é possível falar em mera legalidade e não em estrita legalidade.

Consoante a doutrina de Flávio Higa, isso quer dizer que não há necessidade de prever as condutas objeto de punição em tipos fechados, com a descrição pormenorizada dos comportamentos passíveis de atrair a multa civil – dispensa que, como já se afirmou, é também de fundamental importância para a própria eficácia das alternativas civilísticas de tutela.

De outro lado, não basta a menção ao fato de que o magistrado está autorizado a punir. É necessário, em uma posição intermediária, que a lei estabeleça, de forma precisa, o objetivo da pena civil, os pressupostos que autorizam a sua aplicação, bem como os critérios que devem orientar o magistrado na apuração do *quantum* punitivo – a exemplo da redação do supratranscrito art. 1.266-1 a ser incorporado ao Código Civil francês. Desse modo, serão fornecidas informações suficientes para que os agentes de mercado adaptem sua conduta, ao mesmo passo em que se garantirá seu direito à ampla defesa e ao contraditório³⁵⁶.

³⁵⁶ Nas palavras do autor, a tipicidade estrita deve ser rechaçada pois “promoveria o engessamento da responsabilidade civil, contrariando os princípios cardeais do instituto e a própria dinâmica das condenações punitivas, por ignorar a existência de ‘diversos degraus’ de aplicação do princípio da legalidade, bem como o fato de um método mais flexível do sistema repressivo civil melhor se

Destaque-se que não é outro o entendimento da doutrina francesa. Johan Prorok afirma que seus contrerrâneos reclamam

*un principe de légalité 'atténué' en matière civile 'consistant à donner au juge le pouvoir de sanctionner la violation d'obligations définies par des textes', en précisant que 'le degré de précision de cette définition devrait, bien sûr, être suffisant pour assurer que le justiciable soit en mesure de s'y conformer, ce qui n'exclut pas, cependant, l'emploi de termes plus généraux que ceux auxquels le législateur doit avoir recours en droit pénal'*³⁵⁷.

adequar aos seus escopos [...] o próprio legislador tem lançado mão de tipos penais mais abertos em matérias complexas como, por exemplo, ao arrolar os crimes ambientais [...] o respeito ao princípio da legalidade não deve implicar a fixação de valores prévios a título de *punitive damages*, assim como não necessita que se descreva pormenorizadamente cada uma das condutas passíveis de condenação. Por outro lado, não basta que a lei declare que o juiz está autorizado a punir civilmente os réus, sem fornecer parâmetros para tanto, como se desse uma espécie de 'carta branca' aos magistrados. Numa posição intermediária, a lei deve autorizar a cominação da pena privada (que foi, basicamente, o que fez a Argentina), estabelecer os pressupostos de imputação (como e.g., consta do 'Rapport Catala') e fornecer subsídios para apuração do montante (conforme o Código Civil do Quebec), a fim de respeitar não apenas a anterioridade penal, mas também as demais garantias constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal". (HIGA, Flávio, op. cit., p. 307-315). No mesmo sentido é o escólio de Rosenvald: "cremos que no direito civil o princípio da tipicidade não formula a mesma exigência de precisão e rigor das normas penais. Como importante subsídio da eficácia sancionatória de ilícitos civis de ordenação social, só será possível alcançar certas finalidades com alguma dose de mitigação com relação aos princípios do direito criminal [...] trata-se de uma posição intermediária entre a insegurança jurídica de se conferir ao magistrado um poder geral punitivo e, de outro extremo, atribuir ao Direito Privado o mesmo nível de exigência do Direito Penal. Esta particular ideia de legalidade da pena civil permite que os tipos penais possam ter maior maleabilidade do que aqueles que descrevem infrações criminais, permitindo-se, dentro de certos pressupostos mínimos, a aplicação da analogia para a efetivação de sanções punitivas civis em hipóteses mais amplas de comportamentos dolosos ou gravemente culposos, particularmente ofensivos às situações existenciais e direitos metaindividuais [...] o legislador deve formular regras claras em três direções: (a) antes de tudo esclarecer que 'a pena tem função precipuamente punitiva'; (b) é desprovida de referência ao eventual prejuízo decorrente do ilícito, mas deve se relacionar com a gravidade da ofensa, pressupondo uma conduta intencional do ofensor; (c) enfim, deverá proceder a uma rigorosa tipificação do ilícito e eventualmente indicar parâmetros prefixados de quantificação a fim de assegurar os objetivos de legalidade e certeza [...] há de existir uma definição razoável das condutas, de molde a permitir que a simples contemplação do pagamento da pena civil possa exercer uma função preventiva sobre os potenciais ofensores, em relação a evitar a prática de tais condutas". (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 261-273). Por fim, os professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar bem lembram que, na sociedade de riscos, um direito que se quer eficiente deve se fundar "na emergência e consolidação de um novo paradigma do direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado", mostrando-se, assim, fundamental a fim de permitir à pena civil a necessária mobilidade para a proteção de valores constitucionais a mitigação do princípio da legalidade. (BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O novo paradigma do direito na Pós-Modernidade. In: **Revista Bonijuris**, v. 23, n. 11, p. 16, nov. 2011).

³⁵⁷ (PROROK, Johan, op. cit., p. 332). É exemplo a opinião de Suzanne Carval, para quem "o respeito, em matéria de penas privadas, a um princípio da legalidade atenuado, autoriza o legislador a delegar ao juiz a tarefa de apreciar o que constitui um descumprimento das obrigações legalmente definidas, o que possibilita ao juiz tirar partido da menor rigidez da sanção civil para, em certos casos, incrementar o alcance dos textos de molde a proceder uma interpretação extensiva". (CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile...* op. cit., p. 250).

O mesmo autor destaca que em 2011 o Conselho Constitucional francês, tendo por paradigma artigo do Código Comercial classificado como uma pena, decidiu neste exato sentido³⁵⁸.

Assim, entende-se que o princípio da legalidade estará respeitado caso estes elementos básicos (objetivo, pressupostos e critérios de quantificação) constem da lei que vier a consagrar a pena civil.

Passando aos pressupostos que conduzem à aplicação dessa sanção, é necessário lembrar que, para o cumprimento do desiderato de prevenção, é o ilícito, e não o dano, o que deve disparar a pena civil. Nessa singra, antes de mais nada, é fundamental que o dispositivo legal a ser editado assim preveja de modo claro.

Isso de forma a evitar a confusão tal qual se deu no Québec, e deixar extreme de dúvidas que a sanção punitiva civil pode ser aplicada independentemente de configuração de prejuízo – bastando a ameaça de lesão –, e que seu montante nenhuma relação guarda com as perdas eventualmente apuradas.

Sugere-se, nesse desiderato, a alteração do art. 186 do Código Civil, de forma a fazer constar, na parte geral do códex, definição de ato ilícito que não inclua o dano.

Por sua vez, no livro destinado à responsabilidade civil, além do art. 927, que prevê o dever de reparar quando o ilícito estiver qualificado com o dano, seria o caso de adicionar o dispositivo legal que virá a consagrar a pena civil.

Neste artigo deverá constar que não basta, para a incidência da pena, que esteja configurada a ilicitude do ato, nem mesmo é suficiente que se tenha apurado culpa leve do ofensor. Isso porque o que se busca com o princípio da prevenção não é evitar toda e qualquer lesão ou ameaça a interesses sensíveis³⁵⁹.

³⁵⁸ Transcreve-se excerto da análise do autor acerca desta decisão: “en égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l’incrimination [du article 132-1 du Code Commerciale] est définie en des termes suffisamment clairs et précis. En d’autres termes, le Conseil adopte ici, à l’instar des juridictions européennes, une conception large du principe de légalité : celui-ci est respecté, même si le texte ne comporte pas lui-même toutes les prévisions, dès lors que des éléments – et notamment la jurisprudence – assurent au justiciable une prévisibilité suffisante ». (PROROK, Johan, op. cit., p. 332).

³⁵⁹ Pietro Trimarchi lembra que na sociedade hiperindustrializada tem-se danos que são mesmo inevitáveis, inobstante se verifique o emprego de uma máxima diligência. (TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Dott. A. Giuffré, 1961, p. 13). Pierre Pratte, com apoio na doutrina deste autor, destaca, dessa forma, que pensar no desenvolvimento de atividades econômicas sem a produção de acidentes seria mesmo utópico. (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 563).

O cometimento de deslizes, mesmo pelo mais probo dos empreendedores, é inerente à falibilidade humana. Dessa forma, seria inútil, quiçá injusto, pretender dissuadir o agente cuja violação ao ordenamento resultou de um momento excepcional de desatenção, inobstante o grau satisfatório de cuidado por ele regularmente empregado.

De forma diversa, a utilidade da pena civil está no combate a ilícitos qualificados com a voluntariedade³⁶⁰.

³⁶⁰ André Tunc é quem põe isso em destaque com especial precisão. No escólio do autor, a punição deve estar elaborada “dans la considération essentielle de fautes volontaires ou au moins délibérées ». Grifa ele que, de outro lado “le mot ‘erreur’, au contraire, est utilisé ici pour désigner toutes les méprises, inadvertances, relâchements d’attention, réactions malheureuses à un événement imprévu, qui ont toujours été le lot de l’activité humaine [...] ce sont des erreurs inévitables même de la part des citoyens le plus respectables [...] la personne la plus diligente ne peut éviter des moments d’inattention [...] l’erreur est inhérent à l’activité humaine dès lors que l’homme n’a pas l’omniscience, l’omnipotence, et la résistance à toute fatigue, qui l’en mettraient à l’abri ». Nos casos que ele classifica como « erro », explica que « l’accident se produit, non seulement sans la volonté de l’agent, mais contre sa volonté [...] en appliquant la responsabilité pour faute à de simples erreurs constamment commises par le gens le plus diligents, on se met gravement en contradiction avec soi-même [...] et l’on rend le droit de la responsabilité civile, non seulement inopérant, mais injuste ». O autor repisa, assim, que para aplicação da pena civil se deve apartar os eventos “purement fortuits ou résultats de défaillances humaines dont chacun est susceptible et qui sont statistiquement inévitables » em relação aos « qui se produisent comme conséquence de véritables fautes, de comportements qu’un des agents n’aurait pas dû avoir », devendo-se aplicar a sanção punitiva apenas face a estes últimos : « en logique, aussi bien qu’en justice, il n’est pas possible de considérer comme une faute une erreur qui a été au moins statistiquement inévitable. Du point de vue d’une politique sociale, la menace d’une responsabilité ne peut pas empêcher le bon citoyen de commettre des erreurs. A tous égards, dès lors, l’identification de l’erreur avec la faute est injustifiée et injuste ». Nas hipóteses em que não há conduta deliberada, arremata o autor que « est totalement vain de chercher à éduquer l’homme ». (TUNC, André, op. cit., passim). Pierre Pratte partilha da mesma opinião. Afirma o doutrinador francês que “d’un point de vue réaliste on ne peut espérer éliminer les fautes légères par la menace d’une sanction pénale. De telles fautes relèvent de l’imperfection inhérente à l’être humain et il serait utopique de vouloir les enrayer par l’utilisation de dommages punitifs. En outre, il faut éviter de paralyser des initiatives parfaitement valables en ne menaçant pas indûment le débiteur qui, de bonne foi, commettrait une faute [...] même une personne prudente et diligente ne peut entrevoir la possibilité d’une atteinte illicite que si elle y consacre un moment, fût-il bref. C’est pourquoi le geste impulsif s’oppose à l’utilisation des dommages punitifs, puisqu’il n’est pas accompagné de la prévisibilité [...] la fonction préventive et dissuasive des dommages punitifs suggère fortement que seuls les comportements dont les conséquences sont susceptibles d’être évitées, c’est-à-dire dont les conséquences étaient soit voulues soit connues par l’auteur de l’atteinte illicite, soient sanctionnés par l’octroi de dommages punitifs ». (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 556). Rosenvald também leciona na mesma esteira. Afirma o autor que, “havendo um ato ilícito culposos, decorrente de um comportamento negligente que eventualmente poderia suceder na vida de qualquer pessoa normalmente diligente e atenta, não há necessidade do Direito Privado acionar mecanismos especiais de substância penal. Faltariam justificativas para o sistema inibir condutas que, infelizmente, pertencem à natureza humana. A pena civil se presta a uma finalidade especial e localizada: identificar em todos os confins das relações humanas, condutas voluntárias e deliberadamente antijurídicas [...] quando o agente atue contrariamente ao direito, mesmo tendo ciência da nocividade de sua conduta, ou, ao contrário, deixe de agir nas hipóteses em que o ordenamento demandava a sua atuação. Cuida-se do ato ilícito intencional e malicioso, deliberadamente praticado por quem tinha ciência de seu agir antijurídico”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 80). Como aponta, em resumo, Fernando Noronha “somente será preciso falar em uma função sancionatória nos casos em que for possível incentivar as pessoas à adotar medidas de

Isso se dará quando, em uma análise em abstrato, apurar-se que era razoável exigir do ofensor que tivesse conhecimento do perigo a interesses sensíveis que engendraria com a sua conduta (comissiva ou omissiva), havendo, por isso, a possibilidade de se adotar comportamento diverso.

É dizer, o que se visa é dissuadir o agente econômico que atua com desprezo aos bens jurídicos passíveis de serem lesados com seu empreendimento. Diante desse intuito, a pena civil deve incidir, portanto, sobre o comportamento dos agentes de mercado que buscam auferir um lucro com indiferença às potenciais consequências danosas de sua conduta (ação), ou que intentam realizar uma economia deixando de adotar deveres básicos de cuidado exigíveis para sua atividade (omissão)³⁶¹.

segurança preventivas, para evitar a ocorrência de danos”. Sendo certo que, caso apurado que o empreendedor adotava, ordinariamente, o padrão de cuidado esperado, a punição é despida de sentido. (NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações**, 4.ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 462). Por fim, importante ter em mente, como ressalta Aurélie Ballot-Léna, que a vontade aqui exigida “donc pas nécessairement de véritable intention de nuire à autrui”, mas de “réaliser un profit ou une économie », com desprezo pelas possíveis consequências danosas do próprio ato. (BALLOT-LÉNA, Aurélie, op. cit., p. 4.)

³⁶¹ André Tunc, com um bom exemplo, nos fornece a ocasião para pensar essas nuances entre a conduta reprovável que reclama a punição e, de outro lado, o mero erro. O autor lembra que se uma empresa de transporte rodoviário deixa de realizar a adequada manutenção dos veículos, contrata motoristas sabidamente imperitos a fim de pagar menores salários, determina o excesso de velocidade para a chegada pontual, então essa empresa voluntariamente se engaja em ações ou omissões que trazem riscos anormais à bens fundamentais e assim deve atrair uma pena. No entanto, outra é a hipótese da empresa que, apesar de manter os ônibus em excelente estado de conservação, empregar condutores experientes e diligentes, exigir um padrão de conduta cauteloso de seus funcionários, se envolve em um acidente derivado da má decisão de um motorista que, uma vez se deparando com um carro desgovernado na contramão, lança seu automóvel à esquerda acertando outro veículo, quando se tivesse virado à direita provavelmente evitaria a colisão. Sua reação malfadada, é certo, pode ter levado a graves consequências, mas se trata de um erro, uma culpa leve, não deliberada, uma falha em que qualquer um poderia incorrer. E, como repisa a jurisprudência norte-americana acerca dos *punitive damages*, “being wrong was not the same as being negligent”. Em casos como estes, em que o agente econômico causa uma lesão a interesses sensíveis, mesmo adotando ordinariamente todos os cuidados necessários ao desenvolvimento de sua atividade, a pena é inútil, porque não há razão em elevar padrões de diligência que já estão regulares e, em decorrência, é mesmo injusta. André Tunc, no entanto, faz a importante ressalva no sentido de que, se um erro, eventual, isolado, não deve atrair uma pena, uma sucessão deles, no entanto, pode ser indicativo de uma grave inaptidão para o desenvolvimento daquela atividade ou do aberto menoscabo à interesses sensíveis passíveis de serem lesados, sendo que, for este o caso, a reação do ordenamento deve ser suscitada: “il faut considérer, nos les erreurs prises isolément, mais prises statistiquement. Seules des erreurs répétées sont une preuve de conduite anormale [...] si l’erreur n’est pas une faute et ne doit pas entraîner responsabilité, un nombre anormal d’erreurs peut révéler une attitude négligente et justifier une certaine responsabilité ». (TUNC, André, op. cit., p. 116-123). Rosenvald, em complemento, afirma que cumpre extremar a hipótese em que o empresário mantém-se inerte face aos perigos gerados por sua atividade, sendo que com medidas de custo e complexidade razoáveis, poderia mitigar ou eliminar esses riscos, da situação em que o agente, inobstante adotar o grau de cuidado esperado, age, em específica circunstância, com leviandade, causando um evento lesivo. Naquela hipótese, afirma o autor, tem-se uma voluntária violação ao ordenamento jurídico. Nessa, um comportamento que, inobstante desviante, não é qualificado pela

Ressalta-se que essa análise deve ser feita em abstrato porque a aferição em concreto, é dizer, a investigação do efetivo conhecimento daquele infrator acerca da previsibilidade do risco por ele criado, seria tarefa quase impraticável. Mas, além disso, seria operação mesmo indesejada, posto que incentivaria o empreendedor a restar o mais ignorante possível em relação aos perigos que cercam sua atividade, o que é justamente o oposto do que se busca por meio da imposição da pena.

Assim, seu conhecimento específico acerca dos eventos lesivos passíveis de resultarem de sua conduta não se erige em pressuposto para a incidência da sanção punitiva civil. De forma diversa, devem ser tomados como paradigmas os padrões ordinários de diligência que, com base no princípio da prevenção, são praticados em seu ramo de atividade. Todavia, como se abordará adiante, tal circunstância pessoal pode ser levada em conta na quantificação da punição, como elemento balizador do grau de reprovabilidade da conduta do réu³⁶².

deliberação, mas fruto de uma falha intrínseca à natureza humana. E, assim sendo, apenas aquela deve atrair uma pena. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 81).

³⁶² Essa circunstância é precisamente delineada por Pierre Pratte. Nas lições do autor, “on peut se demander si le critère de prévisibilité doit être apprécié *in abstracto* ou *in concreto*. Plus exactement, la question est de savoir si l’inexécution de l’obligation doit apparaître certaine ou presque certaine ou encore probable aux yeux du contrevenant même ou aux yeux d’une personne raisonnable [...] le modèle abstrait permet de s’arrêter aux apparences alors que la démarche concrète nécessite d’aller au-delà des apparences pour sonder l’esprit du contrevenant pour découvrir ce qu’il savait réellement [...] l’on devrait sans doute s’en remettre au modèle abstrait. En effet, il peut s’avérer difficile de prouver la connaissance effective de l’agent fautif [...] Certes, on pourrait trouver injuste qu’une personne soit condamnée à une sanction pénale, si *in abstracto* elle peut l’être, du fait de ses infériorités individuelles ne lui ont pas permis d’anticiper l’inexécution. Sauf que celui qui n’a pas l’habileté ou les connaissances nécessaires doit, dans les rapports juridiques d’aujourd’hui, se renseigner ou se faire aider. S’il ne le fait pas, il doit s’attendre à être jugé en relation avec les standards d’une personne raisonnable. Par exemple, le commerçant qui débute en affaires ne saurait se disculper en invoquant qu’il ignorait que certaines pratiques commerciales sont interdites, si un concurrent plus expérimenté était au courant. Le débutant est censé avoir qu’il doit, au début, redoubler d’effort, se renseigner, prendre conseil, etc. L’inexpérience met à la charge du débutant des démarches supplémentaires s’il veut parvenir à exécuter l’obligation. Si on veut uniformiser la pratique de dommages punitifs, mieux vaut soumettre les débiteurs à une norme commune. Ainsi, l’on évitera que les contrevenants potentiels aient intérêt à rester le plus ignorant possible [...] mentionnons, en terminant, qu’au niveau de l’appréciation du *quantum*, le tribunal pourrait tenir compte des caractéristiques personnelles du fautif [...] l’inconduite sera jugée plus grave lorsque la norme aura été transgressée par un individu expérimenté ». (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 560-561). Rosenvald, na mesma linha, assevera que se deve falar em voluntariedade ou culpa no sentido objetivo, ou seja, verificada a partir de elementos exteriores. Na definição do autor, cuida-se da “inobservância de uma regra de conduta ou de diligência, devida segundo parâmetros sociais ou profissionais de conduta, tendo como paradigma um modelo ideal e abstrato. Não se trata de atingir um comportamento psicologicamente culposos, mas de reagir a um ato objetivamente disforme a um padrão de conduta diligente [...] dolo e culpa grave teoricamente pressupõem subjetividades distintas: uma coisa é a intenção de praticar o ato antijurídico; outra, a extrema negligência [...] há culpa quando os investimentos em segurança são insuficientes. Em contrapartida, há dolo quando, além da parca utilização de recursos para evitar o dano, são utilizados recursos (tempo, dinheiro, atividade, etc) para causar o dano [...] Porém, por uma questão de política legislativa poderá o ordenamento lhes proporcionar idênticas consequências jurídicas [...] neste ponto devemos equiparar os

Desse modo, pode-se resumir o requisito que aciona a pena civil da seguinte forma: trata-se do comportamento repreensível do agente de mercado que deixa de adotar os deveres de cuidado (prevenção e precaução) exigíveis, voluntariamente descumprindo o padrão de conduta ético imposto para sua atividade (dolo ou culpa grave), criando, com isso, risco de dano a interesses sensíveis, tais como a vida, os atributos da personalidade, o meio-ambiente e a saúde pública.

3.2.2 *Critérios de fixação do quantum punitivo*

No que diz respeito aos critérios para apuração do *quantum* punitivo, cabe relembrar, igualmente, que eles devem ser orientados ao escopo de prevenção.

Nessa singra, cumpre destacar, preliminarmente, a inadequação em se oferecer tetos indenizatórios, ou mesmo em se atrelar a pena civil a uma proporção sobre o montante da compensação de danos.

Como já destacado, o que se busca através da punição civil é, operando na lógica econômica dos agentes de mercado, impor ao ofensor que deliberadamente violou o ordenamento jurídico um prejuízo econômico maior do que a vantagem que ele obteve ou esperava obter mediante sua conduta antijurídica. Ou seja, o que se visa é uma multa que ultrapasse seu lucro ilícito ou economia ilegal, pois, do contrário, haverá incentivo ao ofensor, bem como a demais empreendedores, à repetição daquela conduta.

Esse desiderato, no entanto, não pode ser atingido em todo e qualquer caso se o montante punitivo estiver submetido a limites. Quando o teto for menor que o lucro ou a economia do ofensor, o efeito de prevenção não se produzirá.

Muito menos se mostra idôneo estabelecer esses confins com base em proporções máximas entre o montante compensatório e o punitivo.

Isso porque tais verbas possuem finalidades diversas, nenhuma relação guardando entre si, de modo que tal operação, além de despida de sentido, poderia introduzir mesmo uma confusão em uma disciplina já incerta. Não se olvide que a

comportamentos pautados pela indiferença e superficialidade perante a coletividade às condutas arrogantes daqueles que se consideram imunes ao aparato jurídico civil [...]”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 226-227).

sanção punitiva deve incidir mesmo quando não houver dano configurado, a ratificar, portanto, a impertinência em se atrelar tais montantes³⁶³.

Dessa forma, entende-se que adequado como critério de quantificação da pena é, no caso de conduta comissiva, o lucro ilícito obtido – ou visado – pelo ofensor, e, na hipótese da não adoção de medidas de cuidado exigíveis, a economia realizada, parâmetros que são incompatíveis com a fixação de limites punitivos – seja em numerário pré-fixado, seja em proporção ao montante compensatório.

Minudenciando tal baliza, é de se apontar que não basta confiscar a vantagem econômica ilegal do infrator. Fosse o caso, não se precisaria de outro instituto, bastando lançar mão da vedação ao enriquecimento sem causa, consagrado no art. 884 do CC. É necessário ir além dessa quantia, pois, do contrário, o único risco que se imporá ao transgressor é o de nada lucrar ou economizar – o que, aliás, não seria nem mesmo uma pena, mas uma sanção restitutória. Haveria, assim, evidente encorajamento para que ele tentasse novamente, consciente de que o máximo que lhe adviria seria o retorno ao estado econômico anterior. Imperativo, por isso, que a punição seja sempre maior que o benefício pecuniário obtido ou visado pelo ofensor³⁶⁴.

³⁶³ Apesar de, como visto, serem diversos os Estados norte-americanos que amarram essas verbas, com a Suprema Corte a afirmar, inclusive, que deve haver uma “correlação razoável” entre elas, numerosos são os doutrinadores que anotam em sentido contrário, acusando o despropósito em conectar essas quantias. Assim o fazem Paula Meira Lourenço, Flávio Higa, Nelson Rosenthal, Caroline Vaz, Thais Venturi, para ficar apenas com alguns exemplos.

³⁶⁴ Boris Starck é quem defende enfaticamente a necessidade de não apenas confiscar a vantagem ilegal, mas ultrapassar o lucro ilícito obtido – ou visado – pelo ofensor. O autor, para explicar essa questão, se serve de um exemplo bastante didático. Ele afirma que era recorrente, na França, que passageiros de trem comprassem um bilhete para um vagão inferior e, no entanto, embarcassem em uma classe superior. Ao ver de Starck, isso se devia ao fato de que a companhia de trem impunha ao passageiro que fosse pego tão somente a obrigação de pagar a diferença. Assim, valia a pena sempre adquirir bilhete inferior, pois se o passageiro não fosse descoberto, economizaria, se fosse, apenas restaria em posição neutra. Com isso, o autor conclui pela indispensabilidade de “les expose [les passagers] non seulement au versement de la différence de prix, ce qui constituerait la réparation intégrale du préjudice causé à la compagnie, mais encore à un ‘supplément’ [...] dans ce cas, la poena devrait, à notre sens, comprendre tout l’enrichissement et même quelque indemnité supplémentaire. C’est à cette seule condition que la responsabilité civile remplirait sa fonction préventive ». (STARCK, Boris, op. cit., p. 418-419). Neste exato sentido também advoga Pierre Pratte : « si l’on veut que la peine soit efficace, il faut non seulement retirer au contrevenant l’avantage illicitement obtenu mais aussi y ajouter un montant supplémentaire afin d’obtenir un réel impact de dissuasion. En effet, le retrait du bénéfice illégal ne fait que remettre le débiteur dans une position financière neutre. Si l’on devait en rester là, la menace se serait pas dissuasive car le contrevenant potentiel se dirait ceci : qu’au pire (poursuite judiciaire par le débiteur ; preuve de la totalité du profit illicitement gagné, etc), l’aventure ne lui procurera ni gain ni perte ; qu’au mieux, il lui restera une partie du bénéfice illicite ». (PRATTE, Pierre, op. cit., p. 483). Johan Prorok, respondendo à crítica acerca da desnecessidade da consagração de pena civil tendo em vista artigo do Código Civil francês que veda o enriquecimento sem causa, dessa forma rebate a objeção: “il faut bien reconnaître que la

Todavia, certo é que nem sempre será possível estimar o ganho econômico percebido – ou almejado – pelo agente. Nessas hipóteses, devem-se adotar outros critérios. Em seguida serão sugeridos alguns, fazendo-se a ressalva de que não são exaustivos, e nem se pode estabelecer uma hierarquia entre eles, dada a necessidade de que o montante seja fixado sob medida para cada caso particular.

Nessa esteira, entende-se pertinente levar em conta o grau de reprovabilidade da conduta do réu.

Isto envolve, exemplificativamente, o conhecimento específico que o empreendedor possuía acerca do risco criado; a gravidade do perigo gerado ou da lesão concretizada³⁶⁵; a eventual existência de dissimulação; a reincidência no

'restitution' du seul profit n'est guère de nature à dissuader celui qui entend précisément commettre une faute lucrative, dans la mesure où il ne risque, au pire, que de se voir retirer ledit profit. Il faut nécessairement calculer la sanction en tenant compte d'un coefficient multiplicateur du profit [...] la fonction 'restitutoire' n'est donc certainement pas un instrument suffisant pour traiter des fautes lucratives [...] une fonction punitive, permettant de condamner bien plus lourdement, apparaît indispensable ». (PROROK, Johan, op. cit., p. 329). No mesmo sentido, Suzanne Carval defende que "il existe une différence sensible entre une disposition qui se borne à priver le fautif de ses profits illicites, et celles qui font de ces profits l'un des critères de la fixation du montant de la peine, ou qui a limitent par un plafond égal à un multiple des profits. Dans le premier cas, la mesure amputera le patrimoine du fautif d'une somme d'argent qui s'y trouvait de manière illicite. Elle se borne à opérer le rétablissement de la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il avait respecté la règle de droit. Elle est la sanction de l'enrichissement sans cause, et elle n'y pas regardée comme étant de nature punitive. Dans le second cas, la sanction n'est pas limitée par le montant du produit de la faute ; elle peut même lui être très supérieure. La qualification de peine n'est alors pas discutable. Les deux types n'ont donc pas la même nature et l'on peut raisonnablement penser que la restitution du profit illicite, qui se borne à rétablir la légalité, échappe au régime contraignant des sanctions punitives ». (CARVAL, Suzanne, L'amende civile...op. cit., p. 45). Não é outra a opinião de Rosenthal, que assim destaca : "a imposição de uma sanção punitiva não conflitaria com o instituto do enriquecimento sem causa, que persegue objetivo distinto. Enquanto a aplicação da pena civil no setor da responsabilidade civil deseja prevenir a adoção de determinados comportamentos antissociais e punir os agentes infratores, o escopo do enriquecimento sem causa se restringe a impedir enriquecimento injustificado, sem o escopo preventivo-punitivo". O autor traz o exemplo de ações ajuizadas pela Microsoft em face de empresas que empregam softwares "piratas" em suas atividades. Destaca que, na hipótese, obrigar o empreendedor a pagar tão somente o valor da licença autoral seria estimular a prática do ilícito, tornando preferível utilizar ilegalmente os programas, pois na remota hipótese em que flagrado e processado, correria o risco, quando muito, de desembolsar quantia que havia ilegalmente economizado. Assim, solução adequada não seria utilizar uma sanção meramente restitutória, com base na vedação ao enriquecimento sem causa – aqui em conceito mesmo alargado, abarcando o que se economizou às custas de outrem –, mas uma condenação em um múltiplo do valor de mercado do programa indevidamente utilizado. Só assim, arremata o autor, se atingirá o efeito de dissuasão. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 154). Por fim, cabe adicionar que enquanto a figura do enriquecimento sem causa exige prova material do lucro ou economia, a pena civil pode incidir diante da mera tentativa, ou seja, quando o agente econômico visava vantagem pecuniária por meio da conduta ilícita e não a obteve. Dessa forma, também por isso, a pena civil é o único desses institutos que cumpre com uma função preventiva.

³⁶⁵ Alguns autores diferenciam o grau de reprovabilidade da conduta em relação à gravidade da ameaça. Não se vislumbra, no entanto, a utilidade, posto que esta última circunstância integra a reprovação social do comportamento do ofensor que, se sabe, terá sua intensidade agravada caso tenha gerado risco a interesses sensíveis. É, via de regra, mais condenável uma conduta que traz

atentado voluntário a interesses sensíveis, dentre outros elementos que guardem relação com as circunstâncias pessoais do lesante, podendo-se tomar como guia o art. 59 do Código Penal.

Aqui, a atenção deve estar dirigida para o fato de que quanto mais repreensível for a conduta do agente, maior será o desejo de prevenção que seu comportamento despertará na sociedade e, assim, mais exemplar deverá ser a pena.

Ainda, estes elementos devem ser cotejados com o da capacidade econômica da empresa, de modo a fazer com que a multa seja efetivamente sentida, o que se logra realizar por meio de um desfalque financeiro considerável. No entanto, ao mesmo tempo, em observância à proporcionalidade, é necessário adotar as cautelas para que ela não seja excessiva a ponto de levar a pessoa jurídica à insolvência.

Por derradeiro, apropriado utilizar como elemento balizador do *quantum* as penas civis fixadas em hipóteses semelhantes. Não se trata de uma tentativa de tabelamento da punição, mas da imposição de um maior ônus argumentativo ao julgador, a quem cumprirá justificar em que medida o seu caso difere daqueles tomados como paradigma. Neste exercício, uma boa orientação pode ser a utilização do método bifásico, a que o STJ recorre em sede de arbitramento dos danos morais³⁶⁶.

Esses critérios de quantificação, como dito, não são *numerus clausus*, podendo ser levados em conta tantos outros fatores quantos forem apropriados ao cumprimento do desiderato de prevenção³⁶⁷.

perigo à vida de um cidadão que aquela que engendra risco à atributos da personalidade, por exemplo.

³⁶⁶ Segundo o Superior Tribunal de Justiça, a fixação do valor devido à título de indenização por danos morais “deve considerar o método bifásico, sendo este o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tariffação do dano. Nesse sentido, em uma primeira etapa deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Após, em um segundo momento, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz” (STJ, 4ªT, AgInt no REsp 1719756/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 15.05.2018).

³⁶⁷ Boas amostras de critérios são aqueles arrolados pelo Decreto nº 2.181/97 que, editado no âmbito do Sistema Nacional do Consumidor, estabelece os elementos a serem considerados para a quantificação da pena de multa em face de comportamentos antissociais de fornecedores de produtos e serviços. Transcreve-se: “Art. 28. Observado o disposto no art. 24 deste Decreto pela autoridade competente, a pena de multa será fixada considerando-se a gravidade da prática infrativa,

Por fim, é de se destacar que o sensor da constitucionalidade do *quantum* arbitrado estará não tanto no montante *per se* – como nos mostra a jurisprudência errática da Suprema Corte norte-americana –, mas no caminho percorrido para seu atingimento. Isto é, sua legalidade (em sentido amplo) deverá ser aferida a partir de um juízo de adequação e proporcionalidade, ao objetivo de prevenção, dos critérios utilizados para a apuração do montante punitivo. O que se defende é o direito da empresa de não ser privada do seu patrimônio de forma arbitrária³⁶⁸.

a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990. [...] Art. 24. Para a imposição da pena e sua gradação, serão considerados: I - as circunstâncias atenuantes e agravantes; II - os antecedentes do infrator, nos termos do art. 28 deste Decreto. Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes: I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato; II - ser o infrator primário; III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo. Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: I - ser o infrator reincidente; II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas; III - trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas consequências; V - ter o infrator agido com dolo; VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo; VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interditadas ou não; VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade; IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade”. Também pode servir de baliza, pela excelente técnica legislativa, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). A normativa, prevê, em seu art. 7º, que para a aplicação das sanções devem ser levados em conta dos seguintes critérios: Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da Pessoa jurídica para a apuração das infrações”.

³⁶⁸ Como destacou o Justice Anthony Kennedy, em sua posição vencida em *TXO x Alliance*, “a more manageable constitutional inquiry focuses not on the amount of money a jury awards in a particular case but on its reasons for doing so. The Constitution identifies no particular multiple of compensatory damages as an acceptable limit for punitive awards ; it does not concern itself with dollar amounts, ratios, or the quirks of juries in specific jurisdictions. Rather, its fundamental guarantee is that the individual citizen may rest secure against arbitrary or irrational deprivations of property. When a *punitive damages* award reflect bias, passion, or prejudice on the part of the jury, rather than a rational concern for deterrence and retribution, the Constitution has been violated, no matter what the absolute or relative size of the award ». (Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>. Acesso em 15 de outubro de 2019). Da mesma forma enfatiza Rosenvald, para quem, diante da necessidade de uma adequada modulação da gravidade da pena em função do ilícito praticado, é “equivocada não apenas a associação entre os valores das penas e das reparações, como censuramos a estipulação legal de valores mínimos e máximos de condenação a título de sanções punitivas aquilianas. É certo que a inexistência de extremas prefixadas possa gerar inquietação aos potenciais ofensores, mas contam com o inegável mérito de excluir a possibilidade de uma prévia contabilidade do agente quanto à vantagem econômica de praticar ilícitos, baseado na estimativa aproximativa de uma eventual condenação por seu comportamento antissocial”. Ao ver do autor, a segurança jurídica dos agentes de mercado estará guardada em melhor consonância com o interesse social de prevenção através da imposição do dever ao magistrado de “fundamentar de forma precisa o *iter* transitado para a estipulação do *quantum* da pena civil, em capítulo da sentença apartado àquele em que eventualmente se delimitou os danos patrimoniais e/ou morais, até mesmo para que resta evidenciada a separação dos motivos que impelem a condenação dentro de uma ou outra

Nessa tarefa, é certo que, para que se oportunize o controle da *ratio* pelos tribunais superiores, bem como o contraditório e a ampla defesa, ao magistrado incumbirá o dever de declinar minuciosamente os elementos levados em conta para a fixação da pena, explicitando de que forma eles foram preenchidos. Não bastará, para o atendimento ao dever de fundamentação, a argumentação genérica, quase retórica, que se observa, hoje, a título de exemplo, na jurisprudência acerca da quantificação dos danos morais. Em se tratando de uma pena, não se pode deixar de exigir maior rigor argumentativo do julgador.

3.2.3 A securitização da pena civil

Como se pode extrair da lógica econômica seguida no curso deste trabalho, é fundamental, para o efeito de dissuasão, estabelecer a impossibilidade de securitização da pena civil.

Se o seguro de danos é, como visto, indispensável para garantir a reparação da vítima de maneira célere e incondicionada – diluindo socialmente os custos da indenização –, quando se trata de pena civil, ele não cumpriria outra função senão a de permitir à empresa a prévia contabilidade dos custos para a violação do ordenamento – burlando, assim, a pessoalidade da pena. Ou seja, sua admissão significaria possibilitar a frustração da finalidade preventiva do dispositivo legal, sem haver, de outro lado, interesse idôneo a ser resguardado.

De se destacar que, por essa razão, mesmo que tal proibição não esteja inscrita na vindoura lei, não seria exagero defender que um contrato de seguro dessa espécie teria objeto ilícito. Ao permitir o cálculo de custo benefício entre respeitar ou não a norma – possibilitando a comparação entre o prêmio do seguro e o lucro ou economia a ser realizado através da conduta antijurídica –, esta categoria

função que se preste à responsabilidade. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 275). Caroline Vaz, por fim, lembra que essa exigência faz-se não apenas em nome da segurança do réu, para o qual ela é fundamental, mas também como condição à eficácia da punição. Transcreve-se: “é a argumentação descrita como fundamento do *decisum* que trará segurança e compreensão à pessoa eventualmente condenada e a todas aquelas que vierem a tomar conhecimento da dita decisão, pois lhes permite visualizar a menção, no corpo da sentença, dos elementos que informaram a convicção do magistrado, sob pena de o instituto restar fadado ao insucesso e à incompreensão”. (VAZ, Caroline, op. cit., p. 139).

de negócio atentaria contra o escopo do instituto, ofendendo o interesse público de prevenção, atraindo, por isso, a nulidade de pleno direito³⁶⁹.

Aliás, apesar de nos EUA, como visto, diversos Estados da Federação terem, recentemente, aceito a possibilidade de seguro de *punitive damages*, a Corte de Apelação da Califórnia, em sentido diverso, decidiu na exata forma aqui preconizada. Em *Ford x Home*, aquele tribunal concluiu ser inválido o negócio jurídico que comercializa seguro de pena civil, o que fez com base nos seguintes argumentos:

- i. O escopo dos *punitive damages* é punir e dissuadir suficientemente o culpado; ii. Para atingir esse propósito, a condenação é arbitrada em desfavor da parte que praticou o ato ilícito, e o valor está relacionado ao seu patrimônio: quanto mais abastada a parte, maior a condenação; iii. Se os *punitive damages* fossem seguráveis, não haveria necessidade de levar em conta a situação financeira do réu a fim de atingir o efeito de desestímulo;

³⁶⁹ Como ensina Rosenvald, “não haveria sentido em se impor uma sanção preventiva e aflagante na medida em que ela atingisse um terceiro diverso do autor material da conduta proibida, ou seja, alguém que não tenha o poder de controlar determinada atividade ou o comportamento malicioso de outras pessoas. O juízo negativo que o ordenamento expressa [por meio da pena] já não diz respeito ao evento, mas ao ato em si: isto é, a agressão a valores merecedores de tutela. Ao se irrogar uma pena civil, o ordenamento não persegue a alocação de riscos e custos conexos ao exercício de uma determinada atividade, que evidentemente pode ser trasladado ou socializado. Portanto, a pena será e permanecerá rigidamente pessoal”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 83). É o que sustenta Flávio Higa, ao anotar que “é intuitivo que o seguro de garantia contra atos intencionais atenta contra o interesse público de qualquer sociedade civilizada, na medida em que sua permissão fomentaria a prática de crimes e outros atos delituosos, haja vista a possibilidade de o infrator terceirizar a responsabilidade pecuniária pela sua conduta. Todavia, além da contrariedade às políticas públicas, uma abertura desse jaez implicaria conflito epistemológico com a própria ideia do instituto, porquanto o elemento randômico é da essência securitária, e a realização de seguro contra atos deliberados retiraria o caráter aleatório das ocorrências seguráveis [...] diante disso, um contrato de seguro que contemplasse garantia em face de *punitive damages* decorrentes de atos dolosos praticados padeceria do vício de nulidade [...] no que concerne à culpa grave, considerando que ela implicaria agravamento intencional do risco objeto do contrato, o ofensor perderia o direito à garantia”. (HIGA, Flávio, op. cit., p. 117). Nos EUA, no conhecido caso *Northwestern National Casualty Co x McNulty*, em ação promovida pela seguradora contra sujeito que dirigia embriagado e causou um acidente, foi prolatada decisão neste exato sentido: *the policy considerations in a state where, as in Florida and Virginia, punitive damages are awarded for punishment and deterrence, would seem to require that the damages rest ultimately as well nominally on the party actually responsible for the wrong. If that person were permitted to shift the burden to an insurance company, punitive damages would serve no useful purpose* ». (HIGA, Flávio, op. cit., p. 391). Em França, Aurélie Ballot-Léna defende que “recourir à la notion de faute intentionnelle présenterait un autre avantage, celui d’éviter que l’amende civile puisse être couverte par l’assurance [...] admettre cette prise en charge reviendrait à lui ôter tout caractère dissuasif. Pour cette raison, il est proposé de retenir une définition de la faute permettant d’éviter que l’amende civile soit couverte par l’assurance, de même qu’elle ne devrait pas, en tant que pénalité, être déduite du résultat fiscal de l’entreprise ». (BALLOT-LÉNA, Aurélie, op. cit., p. 5). De se destacar que não seria difícil emplacar também aqui no Brasil o entendimento segundo o qual o seguro de pena civil teria objeto ilícito. Isso porque o próprio STJ tem jurisprudência no sentido de que não apenas a conduta dolosa, mas também a gravemente culposa, ou seja, aquelas qualificadas pela voluntariedade, não são asseguráveis.

iv. Permitir ao responsável a transferência do ônus da condenação à companhia de seguros frustraria os objetivos dos *punitive damages*³⁷⁰.

Dessa forma, restando patente que a pactuação dessa sorte de seguros minaria a eficácia da multa civil, faz-se indispensável, para a boa operacionalização do instituto, que sua proibição seja afirmada, preferencialmente por meio do mesmo dispositivo legal que vier a consagrar a sanção punitiva.

3.2.4 O *non bis in idem* e suas repercussões na aplicação da pena civil

O princípio do *non bis in idem* é comumente trazido à discussão quando se fala de punição na jurisdição civil, razão pela qual, sob pena de irrefletidamente violar garantias constitucionais, cumpre debatê-lo, aferindo suas repercussões sobre a aplicação do instituto.

Nessa tarefa, há vívida discussão doutrinária acerca de se seria possível punir na esfera cível uma conduta já repreendida na esfera penal ou administrativa, e vice-versa.

O presente trabalho, como já dito, não almeja que a pena civil se some à sanção criminal, mas que a substitua na tutela geral de interesses sensíveis. É dizer, o que se objetiva é assegurar o desiderato de *ultima ratio* do Direito Penal, restando à pena criminal a função subsidiária de reagir às violações mais graves a tais bens jurídicos.

Não obstante, a realidade ainda não é essa, e neste caminhar pode ocorrer a dupla punição em virtude de um mesmo ato ilícito.

Resta saber se isso seria, *per se*, inconstitucional, e o que se pode fazer para evitar a ofensa a essa garantia contra o poder punitivo estatal.

Nessa tarefa, sublinhe-se, primeiro, que para uma gama de doutrinadores, este princípio constitucional implícito prescreve intransigível proibição em punir o ofensor duplamente pelo mesmo fato. Isso independentemente de se tratar de sanções culminadas no mesmo setor do direito ou em setores diferentes, quer

³⁷⁰ California Court of Appeal. 3d Division. Ford Motor Co x Home, 116 Cal. App. 3d374. Julgado em 02/02/1981. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/californiacalapp3d/116/374.html>. Acesso em 20/12/2019.

partilhem de mesma estrutura/forma de pena (ex: pena pecuniária, pena de privação de liberdade), quer tenham estrutura/forma diversa³⁷¹.

Outra corrente, diametralmente oposta, defende que há, apenas, a vedação de um “*bis in idem* formal”. A saber, segundo estes autores, a proibição dirige-se tão somente a penas localizadas em um mesmo setor do direito. Vedar-se-ia, assim, a aplicação de duas sanções criminais pelo mesmo fato, ou de duas sanções punitivas civis pelo mesmo fato, mas não a aplicação de uma sanção criminal e uma sanção punitiva civil. Tal corrente está baseada em um aludido princípio da independência das instâncias³⁷².

Tem-se, ainda, uma corrente intermediária, a que o presente trabalho manifesta adesão. Trata-se da ideia de que, por si só, não há vedação a que haja punição, pelo mesmo fato, em setores diversos do ordenamento. No entanto, no momento de fixar uma punição adicional, há que se justificar sua necessidade e atentar para as penas anteriormente aplicadas. Se for a hipótese, cumpre atenuar a multa a ser cominada.

Rosenvald, Serpa e André Gustavo Corrêa de Andrade, defensores desse modelo, apontam que se teria, com isso, uma vedação de um “*bis in idem substancial*” e não meramente formal. Os autores, buscando na realidade prática a finalidade constitucional do “*non bis in idem*”, lecionam que se trata de vetor normativo intimamente conectado ao princípio da proporcionalidade, tendo por

³⁷¹ Esta posição é capitaneada por Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in idem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitives damages em sistemas civilistas*. op. cit., 74). Paula Meira Lourenço tem a mesma opinião, sustentando que “a função punitiva da responsabilidade civil assume autonomia em relação à reparação e, eventualmente, pode interceptar a função punitiva da responsabilidade penal. Caso a conduta seja prevista e punida pela lei penal, a punição civil não poderá ser aplicada ao mesmo tempo em que a punição penal, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*”. (LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 421).

³⁷² É esta, por exemplo, a linha defendida por Thais Venturi: “em relação ao argumento de violação da garantia da vedação do *bis in idem* [...] uma vez devidamente separadas as esferas penal, civil e administrativa, não parece haver espaço para que tal tese se desenvolva validamente”. (VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto, op. cit., p. 175). Não é outro o escólio de Caroline Vaz: “quanto ao referido *bis in idem* [...] vige o princípio da independência das instâncias, segundo o qual poderá haver a incidência da responsabilização criminal, civil e administrativa, quanto ao mesmo fato se este configurar ilícito nas três esferas”. (VAZ, Caroline, op. cit., p. 86-87).

objetivo evitar o excesso punitivo. Seu desiderato seria, assim, atingido por meio do exercício acima explicitado³⁷³.

Para além da inexistência de vedação em nosso ordenamento à cumulação de sanção criminal e civil, é necessário lembrar que tal conjugação por vezes se fará necessária. Isso porque, hoje, existem determinadas ofensas a interesses sensíveis que, não obstante encontrarem-se tipificadas penalmente, não obtêm resposta do Direito Penal que cumpra a contento um efeito preventivo.

Essa duplicidade de penas pode, assim, ser indispensável, mas de qualquer forma ela é temporária. Terá lugar enquanto o Direito Penal não for relegado, definitivamente, ao seu papel secundário. No entanto, enquanto isso não ocorrer, não se pode desconsiderar as lacunas normativas deixadas pela técnica penal, sob pena de restar desprotegidos interesses sensíveis.

Tal posição intermediária parece, assim, ser a que melhor conjuga a proteção do ofensor contra o excesso punitivo com o interesse da sociedade na tutela dos valores fundamentais.

Johan Prorok lembra que nesse sentido já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos. Segundo o autor, em julgado datado de 2016, este Tribunal exarou entendimento segundo o qual, diante de justificada necessidade de reação a certos comportamentos antissociais, permite-se a cumulação de duas ou mais sanções punitivas, estejam elas ou não no mesmo setor do direito.

No entanto, a Corte ressaltou que é condição para isso que os procedimentos punitivos estejam organizados complementarmente, no intuito de se vedar o excesso sancionatório³⁷⁴.

³⁷³ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 247-249; RICARDO E SERPA, Pedro, op. cit., 209-214; ANDRADE, André Gustavo Corrêa, op. cit., p. 246-247.

³⁷⁴ Destaca-se excerto da análise do autor acerca deste julgado: "La Cour est venue à nouveau tempérer la solution en admettant, dans une décision A. et B. c/ Norvège de 2016 rendue en matière fiscale, la possibilité d'un cumul répressif en autorisant les 'procédures mixtes intégrées', à condition que l'État défendeur démontre 'un lien matériel et temporel suffisamment étroit' entre les deux procédures de sorte qu'elles se combinent 'de manière à être intégrées dans un tout cohérent'. La Cour admet ainsi, en l'espèce, le cumul des deux répression pour un contribuable condamné à la fois administrativement à une majoration d'impôt et pénalement pour fraude fiscale, en jugeant que les deux procédures étaient bien intégrées. En d'autres termes, pour tenir compte de la nécessité de réagir efficacement à certains comportements antisociaux, la Cour, tout en affirmant sa préférence pour l'unicité d'action répressive, permet désormais aux États le cumul répressif à condition que soit organisée la complémentarité des deux procédures (buts différents, conduite rationalisée des procédures au regard des preuves, prise en compte de la première sanction) ». (PROROK, Johan, op. cit., p. 334).

O que o TEDH reafirma é que, dada sua ontologia comum, as sanções punitivas criminais, administrativas e civis devem caminhar juntas. Necessário, assim, um esforço de construção de um estatuto do direito punitivo – o que não deixa de ser questão de fundo do presente trabalho –, estabelecendo, nesse desiderato, uma comunicação entre os procedimentos sancionatórios.

Apesar de ser este o cenário ideal, em se tratando da pena civil defendida neste estudo, cujo sujeito passivo é exclusivamente o agente de mercado, parece razoável estabelecer de outra forma. Não destoaria do sensato atribuir ao réu o ônus de provar que, em virtude do mesmo ato ilícito, já foi punido em outra instância, impondo-lhe, assim, a incumbência de pedir a redução da multa. Afinal, o agente econômico é o maior interessado e quem tem mais condições para apurar e acusar já ter sido sancionado por intermédio de outra decisão judicial.

3.2.5 *A legitimidade para pleitar a punição do ofensor*

A discussão sobre a legitimidade para pleitar a punição civil do ofensor é mais uma questão de elevada importância na operacionalização do instituto.

Há quem sugira que, revestindo-se a multa civil de um interesse social, sua postulação naturalmente caberia ao Ministério Público e somente a ele³⁷⁵. Tal defesa guarda estreita relação, como visto, com aspectos políticos e culturais de nossa sociedade, construída de cima para baixo, fortemente dependente da iniciativa estatal para a repressão de comportamentos antissociais.

A incidência da pena civil por meio de uma ação coletiva, aviada pelo órgão público de acusação, seria, de fato, ideal, também por outras razões. A saber, pois isso permitiria concentrar a punição do ofensor em um único procedimento, evitando o excesso punitivo³⁷⁶, e levaria o magistrado a fixar a punição sem ter em mente um

³⁷⁵ É essa a posição sustentada por Cyril Sintez, para quem, “elle [l’amende civile] ne peut être demandée par la victime et son versement ne lui échoie pas. Elle ne concerne en rien la réparation du préjudice. Elle est une véritable mesure répressive à finalité préventive », devendo, assim, sua aplicação caber exclusivamente ao Ministério Público. (SINTEZ, Cyril, op. cit., p. 131).

³⁷⁶ Destaca Rosenvald que “a viabilidade do manejo da *class action* para a estipulação de pena civil elimina uma série de questionamentos jurídicos relacionados à fixação de sanções punitivas localizadas em ações individuais anteriores ou futuras, pois na demanda coletiva os efeitos da sentença seriam aplicáveis para toda aquela classe de vítimas, sem que se instale controvérsias sobre oscilações de valores condenatórios (maior para uns e menor para outros); a preclusão do direito de uma ou outra vítima, ou mesmo a possibilidade de múltiplas condenações conduzirem o ofensor à situação falimentar ou de insolvência [...] evitando-se não apenas decisões contraditórias,

“abjeto” enriquecimento injustificado do postulante, uma vez que, naturalmente, a quantia seria destinada ao erário ou a fundo público afeto ao tema³⁷⁷ – a questão da legitimidade para pleitear está, como não podia deixar de ser, ligada à da destinação da verba punitiva.

Não obstante, como já se frisou, a potencialidade da responsabilidade civil para combater os ilícitos típicos da Pós-Modernidade está justo na sua capilaridade, na sua capacidade de se introjetar, por meio de cada indivíduo social, nas múltiplas relações de mercado. Assim, ao vedar que o próprio cidadão possa ir a juízo pedir a correção da conduta dos agentes econômicos, perde-se consideravelmente em efetividade.

Isso sem contar com o notório abarrotamento dos órgãos públicos de acusação. A dinâmica dos ilícitos atuais, sua fluidez, para além da quantidade dos riscos gerados pelas atividades econômicas contemporâneas, são circunstâncias que fazem com que o *parquet* tenha dificuldades em atentar-se a todos os comportamentos repreensíveis que mereceriam atenção – ao menos na velocidade exigida para que o escopo de prevenção não se veja esvaziado.

Desse modo, é necessário enfrentar – sem desconhecer – as peculiaridades culturais e políticas que moldam nosso pensamento e, nesse particular, admitir solução que, apesar de inicialmente estranha a nosso imaginário, na prática é condição para a eficácia da operacionalização do instituto.

Compreende-se, em suma, que deve ser reconhecida, em lei, a legitimidade do particular – não necessariamente a vítima, até porque pode nem haver dano singular – para denunciar a vilania dos maus jogadores.

Além dele [o cidadão], não parece desarrazoado, em se tratando de um interesse social de elevada envergadura, que o próprio magistrado possa fazê-lo de

mas que o produto da sanção punitiva não seja retido por uns poucos, em detrimento de muitos. A coisa julgada será *erga omnes e ultra partes*, sem que incida qualquer discussão a respeito do enriquecimento sem causa, pois o valor será destinado a um Fundo”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 146).

³⁷⁷ Pedro Ricardo e Serpa lembra que “a destinação integral e irrestrita do *quantum* indenizatório à própria vítima pode servir de incentivo para que os julgadores quantifiquem de maneira mais moderada a sanção punitiva, limitando, conseqüentemente, a eficiência de tal medida na persecução de suas finalidades punitiva e preventiva [...] ciente de que o quantum indenizatório terá como beneficiário direto um fundo público [...] o juiz, ao mensurar a sanção, não mais cogitará se está, ou não, enriquecendo a vítima em demasia”. Dessa forma, caso se reconhecesse apenas ao Ministério Público tal legitimidade ativa, essa trava seria desativada. (RICARDO E SERPA, Pedro, op. cit., p. 291).

ofício³⁷⁸. Isso ergueria ainda mais o grau de eficácia do instituto. Não obstante, neste caso seria de se pensar na abertura de um procedimento apartado, para não prejudicar o andamento daquela demanda de responsabilidade civil, bem como para possibilitar a ampla defesa e o contraditório por parte do ofensor. De toda forma, mesmo se assim não for, não há dúvida de que ao magistrado cumpriria, antes de aplicar qualquer multa civil de ofício, suscitar a discussão a respeito e oportunizar o debate, com manifestação e produção probatória pelo réu.

Por fim, a legitimidade, como é óbvio, deve ser reconhecida também ao Ministério Público, a quem oficialmente incumbe a defesa da ordem social.

Em resumo, compreende-se que, para a boa operacionalização do instituto, é crucial reconhecer a legitimidade de todo cidadão para pleitear, em ação individual, a pena civil, sendo também apropriado permitir ao juiz fazê-lo de ofício, bem como natural reconhecer a atribuição do Ministério Público para essa postulação.

3.2.6 *A destinação do montante punitivo*

A questão de saber a quem deveria ser destinado o montante da pena civil é das mais delicadas quando se trata da operacionalização do instituto. Principalmente quando se está diante, como visto, de uma sociedade que condena a riqueza injustificada, erigindo a vedação ao enriquecimento sem causa a figura central de seu direito da responsabilidade civil.

Dessa forma, o tema merece detida análise.

De início, cumpre refutar a tese segundo a qual a atribuição da verba punitiva ao cidadão que levou a conduta ao conhecimento do Judiciário encontraria óbice no art. 884 do Código Civil, que assim dispõe: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”^{379 380}.

³⁷⁸ Assim defende, por exemplo, Caroline Vaz, justificando sua proposição no poder-dever do juiz de se utilizar de todos os instrumentos necessários e proporcionais para a tutela dos interesses sensíveis, bens jurídicos jusfundamentais. (VAZ, Caroline, op. cit.).

³⁷⁹ A esse respeito, simbólica a passagem de Eduardo Yoshikawa, para quem “mesmo naqueles casos em que a extensão do dano, individualmente considerado, é ínfima se comparada com o benefício auferido pelo ofensor (caso tenha havido benefício, o que nem sempre ocorrerá), não se justifica a admissão do caráter punitivo da indenização, sob pena de enriquecimento sem causa”. (YOSHIKAWA, Eduardo. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o

O presente trabalha-se se filia a corrente segundo a qual não haveria falar em ausência de “justa causa”.

Sobre tal conceito, Maria Cândida do Amaral Kroetz leciona que

A causa da atribuição patrimonial é entendida como o motivo jurídico, a justificação do aporte de um bem a determinado patrimônio. Esta justificação pode ser um negócio jurídico (e.g., o contrato válido, a sucessão, a doação), um dispositivo legal (e.g., a prescrição, o usucapião), um costume ou uma decisão judicial. Assim, a causa é, em última análise, um fato que, à luz dos princípios aceitos no sistema, legitima o enriquecimento³⁸¹.

Assim, uma vez que a questão da destinação do montante estivesse prevista em lei, e que sua aplicação redundasse de uma decisão judicial, haveria causa, tanto remota (o dispositivo legal), quanto próxima (o pronunciamento jurisdicional), para o deslocamento patrimonial³⁸². A justiça dessa causa, outrossim, além de

direito positivo brasileiro à luz do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e do art. 944, caput, do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 35, São Paulo, 2008, p. 19). Também é essa a opinião de Carlos Roberto Gonçalves para quem “é sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral [...] se a vítima já está sendo compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito [...] não se justifica, pois, como pretendem alguns, que o julgador [...] adicione-lhe um plus a título de pena civil, inspirado nos *punitive damages* do direito norte-americano”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 591-592).

³⁸⁰ Reiteradas vezes decidiu o STJ que “a aplicação irrestrita das ‘*punitive damages*’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002”. Tal excerto foi usado como *ratio decidendi* em muitos julgados, destacando-se, a título de exemplo, os seguintes: (AREsp 774783, Rel.Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 04/05/2016); (REsp 1420970, rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 02/09/2014); (AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010); (REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008).

³⁸¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 82-83.

³⁸² Nesse sentido observa Maria Celina Bodin de Moraes: “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, op. cit., p.302). Na mesma toada afirma Rosenvald: “Ora, não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Esta é a justa causa da atribuição patrimonial”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 224). Contra este uso atécnico do instituto também se levanta Daniel de Andrade Levy: “A indenização punitiva jamais poderia ser um enriquecimento ‘sem justa causa’, nos dizeres da lei, pois é fundada na mais importantes de todas as causas, qual seja, um pronunciamento público, materializado na decisão judicial”. (LEVY, Daniel de Andrade. A responsabilidade civil...op. cit., p. 95).

resultar da deliberação do legislativo e da atuação do judiciário, estaria atrelada à própria justiça, em si, da pena civil³⁸³.

No entanto, a questão, como sublinhado, não resta tanto no campo técnico, mas no imaginário cultural de uma sociedade de base católica.

A transferência injustificada de riqueza, já condenada na seara dos danos morais – levando à fixação de quantias ínfimas a título de compensação das lesões existenciais –, é ainda mais fortemente trazida ao debate acerca da pena civil.

A atribuição do montante punitivo à vítima dificilmente seria enxergada, em solo pátrio, como justa recompensa a quem, como verdadeiro procurador social, envidou esforços em prol da coletividade³⁸⁴. Seria, provavelmente, vista como uma impropriedade³⁸⁵.

Ignorar essa realidade seria fechar os olhos para uma cultura em que se enraíza uma prática jurídica que, apegada – atecnicamente – à figura do enriquecimento sem causa, está há muito sedimentada.

Desse modo, apesar de não haver ilegalidade na atribuição do inteiro montante punitivo ao cidadão que postulou a pena, consagrar tal solução poderia fazer com que os juízes fossem bastante comedidos no seu arbitramento, temerosos de incorrer na imoralidade de enriquecer injustificadamente o postulante, o que

³⁸³ STARCK, Boris, op. cit., p. 385.

³⁸⁴ Essa é a construção teórica de Antônio Junqueira de Azevedo para justificar eticamente a atribuição da multa civil à vítima. Segundo o autor, “o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um múnus público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos ‘*punitive damages*’, denominam ‘private attorney general’. O autor, vítima, que move a ação, age também como um ‘promotor público privado’ e, por isso, merece a recompensa [...] é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, op. cit., p. 383). Na mesma linha, Rosenvald destaca que “o autor da demanda agiu como porta-voz de um sentimento comum [...] consumiu seu tempo, suas energias, efetuou despesas processuais [...] tal como Robin Hood, reivindicou justiça em nome próprio e de muitos outros”. (ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 225).

³⁸⁵ O próprio Antônio Junqueira de Azevedo reconhece tratar-se, a ideia da recompensa ao bom cidadão, de um argumento que não é “facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira”. (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio, op. cit., p. 383). Simbólico da reprovação moral dirigida nos países de tradição romano-germânico à atribuição do montante da pena civil ao postulante individual é a passagem de Rodolphe Mésa que, deixando o campo técnico, afirma que tal solução feriria mesmo “l’éthique de la responsabilité civile”. Nas palavras do autor: “L’introduction des dommages-intérêts punitifs est également contraire à l’éthique de la responsabilité civile, qui est fondée sur une recherche de la plus totale équité en commandant que la victime soit totalement indemnisée du préjudice causé par le responsable, sans pour autant que l’accident soit pour elle une source d’enrichissement ». (MÉSA, Rodolphe. La consécration d’une responsabilité civile punitive : solution au problème des fautes lucratives ? In : **Gazzete du Palais**, n. 325, nov. 2009, p. 15).

colocaria em risco a racionalidade preventiva do *quantum* e, assim, a eficácia do instituto³⁸⁶.

Por isso, entende-se que a atribuição de todo o montante punitivo ao cidadão não seria o ideal.

De outro lado, sua destinação integral a um fundo de indenização afeto ao tema, ou mesmo ao erário, faria com que poucos indivíduos se vissem incentivados a ir a juízo reclamar a correção da conduta dos agentes econômicos. A experiência dos *punitives damages* nos ensina que a atribuição de ao menos parte da multa civil ao cidadão – no mínimo de forma a cobrir as despesas com o litígio – é indispensável para a boa implementação do instituto³⁸⁷.

Dessa maneira, uma solução intermediária parece se mostrar mais adequada. Seria o caso de dividir esse montante.

Mas não se propõe a divisão em porcentagem fixa (ex: 70% para o cidadão, 30% para o Estado), como fazem grande parte dos Estados norte-americanos, e sim através de uma flexibilização das regras de destinação do *quantum*, permitindo ao magistrado, à luz do caso concreto, decidir o montante que entende adequado para

³⁸⁶ Vide nota de rodapé 377. O problema que se tem com isso é, a rigor, o mesmo que há muito se enfrenta no que diz respeito às *astreintes*. Na jurisprudência pátria se depara, comumente, com decisões que podam a multa processual quando esta atinge montas elevadas – em muitas vezes o valor da causa ou da condenação obtida – com base – implícita ou explicitamente – na vedação ao enriquecimento sem causa do ofendido. Isso mitiga a eficácia do instituto, pois aquele que descumpre a medida judicial tem a segurança de que, sob tais pudores, não será considerável a cifra com que terá de arcar em virtude do descumprimento do comando jurisdicional.

³⁸⁷ Como de forma percuciente destaca Flávio Higa, “há uma questão de política pública a incrementar o raciocínio. O interesse no fomento de ações por parte das vítimas de ilícitos particularmente graves, notadamente quando o prejuízo é de pequena monta, sob o prisma individual, a ponto de não compensar o esforço do ofendido. [...] portanto, a atribuição de uma soma às vítimas teria a função de incentivo, o que é harmônico com a finalidade do instituto, já que, caso não obtivessem benefícios com a postulação dos *punitive damages*, nenhum estímulo teriam os autores em vindicá-los. Em consequência, bons advogados também não pegariam as causas, na medida em que teriam que enfrentar grandes corporações em um processo longo e custoso, para, ao final, obter, no máximo, uma ‘vitória pírrica’ [...] raciocínio contrário implica visão idílica do ser humano, como se uma longa e penosa batalha judicial fosse praticada por mero diletantismo do cidadão idealista, algo quimérico e divorciado da realidade. É evidente que poucas pessoas se sentiriam atraídas a mover uma ação judicial para tornarem-se financiadoras do tesouro público, beneficiário dos *punitive damages*, notadamente se a violação de seus direitos decorrer da inação daquele que recalcitra em descumprir as promessas constitucionais de uma sociedade justa, democrática, solidária e de respeito à dignidade da pessoa humana”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 348-372). No mesmo sentido leciona Thais Venturi que, com apoio na doutrina de Suzanne Carval, anota que “a destinação da condenação punitiva à vítima representaria um estímulo ao acesso à justiça, visto que, sabidamente, a maioria das vítimas hesita em fazer valer seus direitos e acaba renunciando frequentemente a qualquer ação judicial porque a condenação em perdas e danos que poderia esperar a seu favor não seria suficiente, aos seus olhos, para justificar todo o envolvimento em um processo judicial”. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, op. cit., p. 185-186).

remunerar o bom cidadão que levou a questão ao conhecimento da justiça, destinando o restante a um fundo público afeto ao tema.

Seria de se estabelecer, no entanto, que as despesas comprovadamente incorridas pelo postulante devem representar o piso da quantia punitiva a lhe ser vertida. Dessa maneira, entende-se, seria possível conciliar o incentivo para que os cidadãos fossem a juízo com a evitação de quantias punitivas que, diante da censurabilidade em enriquecer demasiadamente o postulante, fossem fixadas de maneira módica.

Ainda, compreende-se que a parcela remanescente deveria ser destinada a fundo de indenização afeto ao tema porque a quantia, assim, se veria revertida em prol da própria proteção do interesse sensível ameaçado ou lesado, reforçando o objetivo de prevenção da multa civil³⁸⁸. Apenas subsidiariamente, caso não haja fundo correlacionado à matéria, seria de se pensar na sua destinação ao erário.

Por derradeiro, cumpre mencionar que, em outra linha de argumentos, sustenta-se que atribuir, total ou parcialmente, o montante punitivo ao cidadão, representaria incentivo a demandas frívolas³⁸⁹. Não obstante, não se trata de razão hígida a infirmar a solução acima sugerida.

³⁸⁸ Esses fundos públicos a que se faz referência são aqueles previstos no art. 13 da Lei de Ação Civil Pública, geridos por um conselho de que participam, necessariamente, Ministério Público e representantes da comunidade, e cujas verbas devem ser empregadas na tutela do interesse da coletividade afeto à finalidade do fundo. Dessa forma, a soma pecuniária obtida do ofensor deve financiar ações que visem, justamente, a prevenção de danos aos interesses existenciais tutelados naquela demanda. Assim, fácil perceber que com essa solução far-se-ia máxime a concretização do interesse público na prevenção de danos existenciais uma vez que somar-se-ia a prevenção produzida mediante o desfalque patrimonial do ofensor com a prevenção produzida através do emprego responsável da soma pecuniária dele obtida. Ter-se-ia, aí, uma solução que é mais útil socialmente do que destinar toda a verba punitiva para a vítima, que a empregaria em proveito próprio. Nesse sentido defendem Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “O valor a ser pago punitivamente não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo dos lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado [...] a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a indenização para beneficiar exclusivamente a vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho”. (MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza, op. cit., p. 25).

³⁸⁹ Essa posição é sustentada, a título de exemplo, por Wesley de Oliveira Louzada e por Maria Celina Bodin de Moraes, autores para quem “vislumbrando uma possibilidade de experimentar uma quantia além da meramente compensatória, os cidadãos ver-se-iam incentivados a uma ‘litigância frívola’, a lançar-se em uma ‘loteria forense’ “. (BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 181); (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages...* op.cit., p. 76). O mesmo receio é manifestado por Pedro Ricardo e Serpa. O autor anota que, caso destinada a quantia punitiva à vítima, o instituto deixaria de atingir seus objetivos “para, perigosamente, passar a representar um incentivo à litigância frívola, por atuar de modo a possibilitar a ‘sobrestimação dos ganhos do queixoso’ “. (RICARDO E SERPA, Pedro, op. cit., p. 290).

O ajuizamento de demandas temerárias é ínsito à garantia democrática do acesso à justiça – que não pode, por isso, ser fulminada –, e, como lembra André Gustavo de Corrêa de Andrade, “se o preço a pagar pela efetividade ou concretização dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, é possibilitar a propositura de ações temerárias e infundadas, então será um preço baixo a ser pago”³⁹⁰.

A via a ser tomada para coibir – ou ao menos mitigar – essas condutas parece ser não a do impedimento do direito de ação individual para punir o ofensor, mas a da repressão de seu abuso³⁹¹. Nesse desiderato, o direito processual civil brasileiro possui, na previsão de multa em face da litigância de má-fé (art. 82 do CPC), adequado mecanismo para tanto, de que os magistrados podem e devem se utilizar para evitar aventuras judiciais.

³⁹⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa, op. cit., p. 231.

³⁹¹ Como enfaticamente sustenta Flávio Higa, “alijar a vítima do benefício financeiro das condenações aflitivas, haja vista o risco de haver demandas frívolas, é tão drástico quanto queimar a casa apenas para matar um inseto, ou seja, ao raciocinar pela exceção, varrem-se para debaixo do tapete todas as demandas. Não se ignora a existência de lides temerárias, mas elas são fruto também de um sistema extremamente claudicante em relação à dentologia processual. De fato, a litigância fútil é algo a ser debelado de nossa cultura processual, mas a questão deve ser resolvida mediante um processo mais austero, o que depende, em larga medida, de uma atuação menos indulgente e pusilânime das cortes de julgamento em relação aos abusos”. (HIGA, Flávio da Costa, op. cit., p. 366-367).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se passam mais de 200 anos desde a edição dos Códigos civis clássicos quando, sob o paradigma da liberdade nas relações interprivadas, a responsabilidade civil foi reduzida a uma posição passiva no contexto de mercado, isto é, a mera técnica *pós-factum* de reequilíbrio econômico entre as partes.

Neste longo transcurso de tempo, radical foi a mudança na configuração da sociedade ocidental, com a transmutação de suas necessidades e valores.

No Brasil, isso culminou, quando da edição da Constituição Federal, na afirmação da pessoa humana enquanto vértice do ordenamento jurídico pátrio, fazendo da atividade econômica algo subordinado ao respeito à dignidade da pessoa humana. Todavia, o instituto em questão continua inadequado às transformações sociais – ou melhor, em estado de adaptação.

Nas cátedras, ainda se recebe com muitas ressalvas qualquer reflexão sobre a responsabilidade civil que vá além da reparação integral. No entanto, o princípio expresso na máxima francesa do “*tout le dommage, mais rien que le dommage*” mostra-se, cada vez mais, despido de sentido diante dos frequentes riscos de danos graves e irreversíveis da Pós-Modernidade.

As ameaças da sociedade contemporânea, derivadas, em grande parte, de um discurso desenvolvimentista questionado desde a década de 70 na seara ambiental, são gradativamente visualizadas como protagonistas de uma crise do direito e exigentes de uma mudança de paradigma já em curso – mas ainda pouco colocada em foco.

Trata-se, em seu plano de fundo, da tentativa de implementar um modelo de desenvolvimento sustentável que possa garantir a qualidade de vida dessa e das futuras gerações. Isso implica reassumir as rédeas do mercado, o que leva da liberdade econômica ilimitada de outrora à urgente imposição de um padrão de conduta ético aos empreendedores, exigindo-se, através do direito, que a livre iniciativa seja harmonizada com uma atuação de modo cuidadoso em espaços sensíveis.

Os sinais dos tempos que os novos riscos trazem consigo – e que reclamam esse deslocamento de foco – já batem às portas do Judiciário.

Eles exigem radicais reformulações do ordenamento jurídico civil, demandando a atuação legislativa para que este esteja voltado não apenas à

liberdade nas relações interprivadas, mas também ao desempenho de um papel ativo no controle do comportamento dos agentes econômicos, isto é, ao atendimento de um desiderato de prevenção que desponta como *ethos* do direito Pós-Moderno, para o qual todos os ramos do ordenamento, mais cedo ou mais tarde, tenderão a convergir.

Apesar do cenário que já se visualiza no horizonte, o civilista, apegado à recente tradição reparatória do Direito Privado, continua reticente à incorporação da antecipação de eventos lesivos como objetivo da jurisdição civil. Segue, em boa medida, enxergando os frequentes perigos à vida, aos direitos da personalidade, à saúde pública e ao meio-ambiente, “sob a mesma lupa que enxerga o defeito em uma peça de máquina”³⁹², como se fosse possível entregar o melhor à coletividade agindo apenas após a consumação dos danos.

Assim, e diante da inefetividade da técnica penal para a retirada do lucro ilícito do ofensor, ao fim e ao cabo continua-se a confiar a tutela destas posições jusfundamentais ao mercado, “a elas frequentemente indiferente”, como anota Rosendal. O ordenamento jurídico se vê, dessa forma, relegado a um papel secundário, passivo face às regras ditadas pelos atores econômicos, em descompasso com a própria definição de “Estado Social de Direito”.

Para justificar sua posição inerte, a manualística civilista segue utilizando o recurso à história para afirmar que o princípio da reparação integral, que comanda a expurgação da sanção ao ilícito civil, norteia há tanto tempo a responsabilidade nessa seara que se legitimou como seu único modelo possível. Mas, em verdade, é a própria história que comprova o contrário, apontando para a dinamicidade do instituto. Sua interpretação sob outra perspectiva – não positivista, mas materialista-dialética – escancara o fato de que a tomada da responsabilidade civil como sinônimo de reparação de danos foi apenas uma operação que atendeu aos anseios e valores de uma dada sociedade, em dado período de tempo, e que não mais se sustenta.

A hostilidade que se dirige, no entanto, com apoio nessa leitura histórica, a uma função preventiva da responsabilidade civil, tachada como uma retrógrada volta às suas fontes moralistas, faz com que o instituto se direcione, cada vez mais, para uma visão estreita, linear, que o reduz a instrumento de reparação de danos.

³⁹² LEVY, Daniel de Andrade. A responsabilidade civil...op. cit., p. 19.

Sob esta perspectiva, no anseio de jamais deixar a vítima ao relento, de fazer da reparação algo mais eficiente, é que caminhou o instituto ao longo do último do século. Com ela, a derradeira característica de uma responsabilidade civil enquanto instrumento de controle de condutas acabou por, ao longo desta centúria, capitular: a culpa como pressuposto da atribuição do dever de reparar.

Mas neste trabalho não se fez, à objetivação e securitização da responsabilidade civil, uma crítica. Em uma sociedade complexificada, em que os riscos de danos se multiplicam e sua autoria se torna incerta, a exigência da prova da culpa do ofensor como condição para a obtenção da indenização consagrava mesmo severas iniquidades, o mesmo podendo-se dizer quanto à proibição da celebração de seguros de danos. Acabavam por fazer da não reparação a regra, jogando sobre os ombros da vítima, vulnerável em relação ao agente econômico, os custos dos danos do desenvolvimento.

O que se criticou, de forma diversa, foi o fato de que a busca pela concretização do legítimo princípio de garantia da vítima, que reclama a indenização célere e incondicionada do ofendido, fez-se com o esquecimento do outro vértice da equação. Isto é, houve o abandono de uma especial capacidade da responsabilidade civil de conformar a conduta dos agentes econômicos aos valores constitucionais.

Se a operação em questão se mostrou positiva para o desiderato de reparação, na outra ponta, a erosão da culpa como filtro do dever de reparar, sem sua recolocação em outro patamar, no seio do instituto, foi a ocasião para que, com o direito virando os olhos para o outro lado, o amesquinamento das relações econômicas se intensificasse.

Os agentes de mercado, percebendo que sua conduta não é mais censurada pelo Direito Civil, deixam, sem pudor, que danos graves e irreversíveis relacionados a sua atividade sejam produzidos quando calculam que adotar as medidas de cuidado para evitá-los sairia mais caro que arcar com as indenizações puramente reparatórias. Isso quando não arquitetam uma conduta comissiva, danosa a interesses sensíveis, com vistas a obter lucro por meio dela mesmo após as condenações judiciais.

Diante desse contexto, o desafio aceito por este trabalho foi o de demonstrar que é necessário e possível que a responsabilidade civil volte a lançar um olhar sobre a conduta do ofensor, sem que isso signifique prejudicar os avanços que sua

objetivação e securitização trouxeram no que diz respeito à facilitação da dedução das pretensões reparatórias.

Para tanto, pôs-se ênfase na necessidade de divisar, de um lado, o que deve restar sob a batuta do princípio de garantia da vítima e, de outro, o que deve ser iluminado pelo vetor normativo da prevenção. Propôs-se, em outras palavras, uma responsabilidade civil bifurcada: um Direito de Danos e um Direito das Condutas Lesivas.

A solução projetada nesse sentido foi a de que a culpa deveria retornar à responsabilidade civil em outro plano. Isto é, não mais como pressuposto do dever de reparar, mas como requisito para disparar uma outra sanção, a punitiva, que passaria a figurar como instrumental da responsabilidade civil ao lado – e não em detrimento – da reparação de danos.

Sugeriu-se, nesse desiderato, que a prevenção deveria incidir em um momento sucessivo à indenização da vítima – que deve permanecer sem inferência à culpa do ofensor. Isto é, quando, após sua reparação – não atrelada à investigação do comportamento do empreendedor –, restar comprovado que o agente econômico infrator voluntariamente deixou de adotar as medidas de prevenção e precaução dele exigíveis – violando o padrão ético de cuidado para sua atividade – e, assim, criou um risco de dano, deve ele ser condenado a pagar, além do montante compensatório eventualmente já desembolsado, um montante punitivo.

Explicitou-se que a prova da culpa (dolo ou culpa grave) do ofensor, se no que toca à reparação de danos deveria continuar sendo indiferente à resposta do ordenamento – pois só assim é possível prestar a indenização de forma rápida e efetiva –, seria, de outro lado, pressuposto indispensável para o recurso à sanção punitiva.

Isso porque o que se pretende através do princípio da prevenção não é penalizar o agente econômico por todo e qualquer dano que se relacione à sua atividade, mas apenas por aqueles que são praticados deliberadamente. A utilidade da pena civil, destacou-se, está não nos danos provocados por desleixos que, inobstante o grau de cuidado regularmente empregado, são inerentes à falibilidade humana – e, assim, inelimináveis –, mas nas atividades desempenhadas com indiferença às potenciais consequências danosas a interesses sensíveis.

Quando isso acontecer, quando se apurar a grave negligência ou mesmo o dolo do ofensor no desempenho de sua atividade econômica, redundando na

criação de risco inaceitável, o empreendedor deve ser punido. O intuito é o de que, ao experimentar prejuízo, tenha um “incentivo” a fim de que passe a adotar a conduta ética que dele se espera e, assim, evite ameaças futuras.

Nessa esteira, com apoio na Análise Econômica do Direito, demonstrou-se que, se o ordenamento jurídico não é capaz de adentrar na psiquê do agente econômico, pode se servir pragmaticamente de sua racionalidade econômica para subvertê-la. Nesse desiderato, buscou-se explicitar que no momento da fixação do *quantum* punitivo, é preciso fazer da produção dos danos a interesses sensíveis algo ineficiente economicamente para o agente ofensor.

Nessa singra, sugeriu-se que a lógica que deve permear essa tarefa é a do arbitramento de um montante que, sem estar submetido a tetos, proporções ou desvios por meio de seguros, seja sempre um plus relativamente à vantagem econômica que o agente de mercado auferiu ou pretendia auferir através do ilícito, eliminando-se, assim, a possibilidade de prévia escolha pela conduta lesiva.

Com esses delineamentos, sublinhou-se que o que se busca com a adição do princípio da prevenção à responsabilidade civil é reafirmar “a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito”³⁹³. Ou seja, é lembrar que o mercado serve ao homem e não o contrário, e que a liberdade econômica encontra seus limites e suas razões de ser na conjugação com os demais valores constitucionais.

Além dessa construção teórica, na tentativa de livrar o tema dos condicionamentos jurídicos que o envolvem, buscou-se demonstrar a adequação de uma “responsabilidade civil sem dano” ao ordenamento jurídico pátrio. Isto foi feito através do enfrentamento das críticas normalmente dirigidas a esse intento.

Nessa tarefa, foram várias as conclusões alcançadas.

Primeiro, a de que as razões e valores que sustentavam, na sociedade oitocentista, a expurgação da punição da esfera cível, não mais se mantêm híginas.

O recurso à sanção punitiva civil faz-se, hoje, indispensável para propiciar uma efetiva prevenção de danos a interesses sensíveis, exigência de uma sociedade que não mais valora a liberdade econômica como único nem protagonista anseio social.

³⁹³ ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 33.

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostrou que não se trata, outrossim, de teoria elaborada na academia, mas de um fenômeno já em voga e que desmistifica a narrativa histórica linear. A Corte Superior – e bem assim a de vários países de matriz romano-germânica – há muito aplica uma pena no interno do dano moral, servindo-se da subjetividade na valoração da indenização para aumentá-la na proporção da reprovabilidade da conduta do ofensor. Todavia, tais tribunais não expressam o caráter punitivo da operação, o que dificulta a análise crítica dos julgados sob essa perspectiva.

Tal exame da jurisprudência foi a ocasião para reforçar que o apego à recente tradição histórica de separação entre pena e reparação – isoladas nos Códigos Penal e Civil, respectivamente –, não é argumento, por si só, apto a reprovar a assimilação formal da prevenção de danos pela responsabilidade civil. Acatar essa crítica seria fechar os olhos para uma realidade sedimentada em nossos tribunais e que precisa ser racionalizada e clarificada. Seria, outrossim, primar pela forma em detrimento da efetividade.

Enfatizou-se também que, em verdade, antes de ser instrumento incivilizado de usurpação das liberdades pessoais, a sanção punitiva civil é apta a prevenir de forma mais eficiente e com menos efeitos deletérios as ameaças a interesses sensíveis, se comparada à sanção criminal.

Mais eficiente porque a pena civil, demandada através da iniciativa de qualquer cidadão, é dotada de uma capilaridade capaz de abarcar a multiplicidade das relações de mercado hoje existentes, sendo, ainda, munida de uma ampla possibilidade de graduação do *quantum* punitivo, tornando-a apta a responder às ofensas no plano da lógica econômica, o que o Direito Penal não é capaz de fazer.

Menos deletéria porque a sanção punitiva criminal atinge, sempre, a dignidade do réu – seja porque restringe sua liberdade pessoal, seja porque o estigma da condenação o acompanha com a pena inscrita na ficha policial –, o que não se passa com a punição civil, que se restringe a atacar o patrimônio e a liberdade para comerciar do agente econômico ofensor.

Enfatizou-se que é justo por isso que os próprios penalistas têm conclamado o avanço punitivo da responsabilidade civil em detrimento da sanção punitiva criminal na tutela de interesses sensíveis. A operação permitiria não apenas uma mais efetiva concretização do direito à prevenção de danos, mas também a viabilização do desígnio constitucional de um Direito Penal mínimo. Concluiu-se,

assim, que a solução neste trabalho sugerida poderia ser também uma boa fuga ao dilema da sociedade Pós-Moderna de ou bem restar à mercê dos agentes de mercado, ou bem recorrer indistintamente a esteios autoritários como o Direito Penal, transformando o “Estado de Direito” em “Estado de Exceção”.

Foi também essa abissal diferença na gravidade das respostas da sanção punitiva civil e da sanção punitiva criminal que levou este trabalho a aderir ao entendimento dos que sustentam que o princípio da legalidade incide às penas civis na sua forma mitigada. Isto é, não exige a rígida tipificação dos ilícitos, mas apenas a previsão de seu objetivo, dos pressupostos que a acionam, bem como dos critérios de quantificação que devem nortear seu arbitramento.

Destacou-se que garantir essa maleabilidade à sanção punitiva civil também é crucial para sua efetividade, permitindo-lhe agir de forma dinâmica, respondendo aos ilícitos que hoje se diversificam com incrível rapidez. Frisou-se, no entanto, que apesar de formular menor exigência diante da pena civil, a legalidade não escapa de sobre ela incidir, pois se trata de garantia material contra qualquer sanção que tenha a prevenção como sua finalidade, de sorte que a solução preconizada neste trabalho não fugirá à necessidade de prévia consagração legal.

Por fim, demonstrou-se que a vedação constitucional do *bis in idem*, se corretamente assimilada, corolária que é do princípio da proporcionalidade, não veda a aplicação de duas punições diante do mesmo ato ilícito. Mas, quando for o caso, prescreve que a punição anteriormente fixada em outro setor do direito seja observada, criando ao julgador um ônus argumentativo de justificar a necessidade de uma reação adicional do ordenamento, bem como acarretando, for a hipótese, a redução do *quantum* punitivo a ser fixado. Blinda-se, assim, o ofensor contra um possível excesso punitivo. De outro lado, permite-se cumular uma pena civil nas hipóteses em que a criminal não se mostrar suficiente à tutela do interesse em questão.

O exame das objeções doutrinárias a uma responsabilidade civil preventiva mostrou, dessa forma, que a aversão que os autores nutrem contra tal reformulação no conceito do instituto – que passaria a reagir ao ilícito, visando à prevenção de danos, e não apenas à reparação do prejuízo – não resiste a uma análise mais aprofundada acerca do tema. Ou, como asseverava Boris Starck, “nem as regras morais, nem os delineamentos da história, nem as exigências de ordem pública,

nem os comandos da lógica [...] nada se opõe à recepção, no direito contemporâneo, da ideia de pena civil”³⁹⁴.

A solução de adicionar à responsabilidade civil a capacidade de reagir a condutas desidiosas a interesses sensíveis sem, no entanto, prejudicar a reparação da vítima, antes de violar o ordenamento, viabiliza a tutela efetiva de seu valor maior – seja porque o protege com mais eficiência, seja porque implica em menor ofensa à própria dignidade do ofensor.

Já na parte final do trabalho, adotadas as premissas teóricas para sua implementação, abordou-se questões práticas acerca da prevenção de danos, indispensáveis para a boa operacionalização do instituto.

Nessa esteira, destacou-se, inicialmente, a partir da observação das pioneiras legislações que, nos sistemas civilistas, implementaram uma responsabilidade civil bifurcada, a necessidade de deixar claro, no dispositivo legal a ser editado, que a pena civil não guarda relação com a compensação de danos, e que responde não ao prejuízo, mas ao ilícito. Além disso, enfatizou-se a indispensabilidade de se prever que o ilícito que dispara a sanção é aquele qualificado com a voluntariedade, pois não há razão em corrigir o que não redonda de uma conduta deliberada.

Sublinhou-se, em seguida, com apoio na análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a imprescindibilidade de não se atrelar o montante punitivo a tetos e proporções, sob pena de não haver maleabilidade para, em todo e qualquer caso, ultrapassar a vantagem econômica obtida ou visada pelo ofensor, o que é essencial ao objetivo de prevenção.

Pela mesma razão, visando impedir o cálculo de custo benefício entre os gastos para a violação ao ordenamento e o lucro a ser amealhado através do ilícito, grifou-se a obrigatoriedade, para a boa aplicação do instituto, da proibição do seguro de pena civil. Destacou-se que preferencialmente tal vedação deveria figurar em lei, mas que poderia ser também atingida mediante uma interpretação jurisprudencial acerca da ilicitude de seu objeto contratual. Isso porque o seguro de pena civil, diferentemente do seguro de danos – que atende ao legítimo interesse de garantia

³⁹⁴ (STARCK, Boris, op. cit., p. 387). No original: “[...] ni la règle morale, ni les enseignement de l’histoire, ni les exigences de l’ordre public, ni les commandements de la logique, ni les textes, ne s’opposent à la réception en droit moderne de l’idée de peine privée”.

da vítima –, não serviria a outro propósito senão o de imunizar o ofensor contra a multa civil, frustrando o interesse público de prevenção.

Enfatizou-se, logo depois, que, no que diz respeito à legitimidade para pedir a punição do agente de mercado, seria indispensável reconhecer a capacidade postulatória de todo e qualquer cidadão. Isso porque tal circunstância permitiria uma rápida e difusa canalização das demandas por correção de condutas, o que não seria possível se atribuída a iniciativa apenas aos sobrecarregados órgãos públicos de acusação. Além do cidadão, e naturalmente do Ministério Público, sugeriu-se o reconhecimento da possibilidade de o juiz, de ofício, após ampla defesa e contraditório, fixar a pena civil, o que reforçaria sua efetividade.

A seguir, quanto à destinação do montante punitivo – questão das mais delicadas no plano da operacionalização do instituto –, evidenciou-se que atribuir a multa civil ao cidadão que levou o comportamento antissocial ao conhecimento do Estado não encontraria óbice na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 844 do CC). Isso porque a justa causa do deslocamento patrimonial seria a decisão judicial, amparada em dispositivo legal, que lhe atribuisse o montante punitivo.

Não obstante, enfatizou-se que nossa cultura, arraigada nos dogmas católicos, condena fortemente a riqueza injustificada, e dificilmente nossa sociedade enxergaria nesse argumento técnico algo capaz de infirmar a imoralidade deste deslocamento patrimonial. Sublinhou-se que isso poderia fazer com que as quantias arbitradas a título de punição civil fossem módicas. De outro lado, reputou-se que destinar parcela da pena civil ao cidadão é indispensável para que estes se vejam incentivados a ir a juízo. Concluiu-se, assim, que a solução ideal quanto à destinação do montante punitivo seria dividi-lo entre o postulante individual e um fundo público, permitindo ao juiz certa flexibilidade para que, à luz do caso concreto, determinasse a quantia a ser atribuída a cada qual.

Adicionou-se, por fim, que provocar os cidadãos, por meio de um prêmio econômico, a se engajarem na atividade de denúncia dos infratores, poderia levar a algumas demandas levianas. No entanto, considerou-se que a solução para isso não seria cercear o necessário direito de ação, mas coibir seus abusos através de mecanismos processuais tais como o da multa contra a litigância de má-fé.

Sintetizadas todas as conclusões que foram exaradas no iter deste trabalho, faz-se, por derradeiro, a ressalva de que o que se pretendeu, antes de apresentar, através da proposta de reformulação do conceito de responsabilidade civil, uma

solução pronta e acabada para a crise ética no contexto das relações de mercado, foi suscitar a reflexão: pensar o instituto para além da reparação é possível. Mais que isso, é preciso, diante da multiplicação dos riscos de danos na sociedade contemporânea e da constatação da inefetividade das técnicas tradicionais – penalistas e civilistas – para a eles fazer frente.

Em boa medida, deste debate depende a manutenção de um grau razoável de qualidade de vida para essa e para as futuras gerações.

Guarda-se a expectativa de que este escrito contribua, de alguma forma, para que a prevenção, no âmbito da responsabilidade civil, seja vista com maior naturalidade. Afinal, há muito já afirmava G. Marton que se o fundamento, a razão de ser da responsabilidade civil, é, segundo a doutrina clássica, a restituição do equilíbrio social abalado pelo dano, então tal, descomplicadamente se sugere, antes de tudo, a antecipação em relação ao desequilíbrio³⁹⁵.

³⁹⁵ Explica G. Marton, divergindo amplamente da doutrina de sua época, que “la responsabilité civile est l’effort de la société tendant à se défendre contre les dommages, effort appuyé sur l’expérience que la conscience de la responsabilité rend les hommes plus attentifs et les stimule à éviter, autant que possible, les préjudices. Voilà le principe sur lequel tout l’édifice de la responsabilité civile est basé, et auprès duquel, les autres principes qui existent en effet, n’ont qu’un rôle concomitant, modifiant, modérant, en un mot, accessoire”. (MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile: revision de la doctrine essai d’un système unitaire**. Paris: Sirey, 1937-1938, p. 346). Mais tarde, José de Aguiar Dias, com arrimo nas lições de G. Marton, afirmou que “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam”. (DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 55-56).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva**. Dissertação de Mestrado em Direito Privado apresentada junto à Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

BALLOT-LÉNA, Aurélie. **Le caractère punitif de la responsabilité civile affirmé : l'amende civile consacrée**. In : Blog Réforme du droit des obligations. Disponível em <<http://reforme-obligations.dalloz.fr/2016/08/17/le-caractere-punitif-de-la-responsabilite-civile-affirme-lamende-civile-consacree-1-partie-art-1266/>>. Acesso em 03/08/2019

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral**: Critérios de fixação de valor. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-1PB.pdf>. Acesso em 10/02/2020

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização. In: **Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo**, v. 147, ano 28, set/out, 1994.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O novo paradigma do direito na pós-Modernidade. In: **Revista Bonijuris**, v. 23, n. 11, nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 314837, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/08/2017, DJe 31/08/2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 774783, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 04/05/2016, DJe 08/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1420970, rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 02/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1726270/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 07/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 210.101/PR, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 259.816/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 27/11/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 270.730/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2000, DJ 07/05/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 24.239, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 10.07.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça., 2ª TURMA, REsp 1.057.274/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 01/12/09, Dje 26/02/10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça., 4ªT, AgInt no REsp 1719756/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 15.05.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel. Des. Regina Capistrano, AI nº 611.195-5/7-00, julgado em 30/11/06.

BROWN, John Prather. Toward an Economic Theory of Liability. **The Journal of legal studies**, vol. 2, No.2, pp. 323-349, Jun., 1973. Íntegra do estudo disponível em <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/prather-brown.pdf>, acesso em 18/10/2019

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents**: A legal and economic analysis. New Heaven: Yale University Press, 1970.

CALLEGARI, André Luis. Art. 5º, XXXIX, comentado. In: MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book.

CÂMARA CARRÁ, Bruno Leonardo. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. São Paulo: Atlas, 2015.

CANADÁ. Cour Suprême du Canada. Béliveau St-Jacques C. x Fédération des employées et employés. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1398/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

CANADÁ. Cour Suprême du Canada. Montigny x Brossard. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7892/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

CANADÁ. Cour Suprême du Canada. Richard x Time Inc. Dossiê, elaborado pela própria Corte, disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7994/index.do>>. Acesso em 20/12/2019.

CARBONNIER, Jean. **Les biens et les obligations**. In: Droit civil. 5. Ed, v. II, Paris: PUF, 1967.

CARVAL, Suzanne. L'amende civile. In: **La Semaine Juridique**, nº 30-35, p. 42-46, Jul. 2016.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris : LGDJ, 1995.

CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão jurídica ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, e-book.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.

COOTER, Robert. The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (coord.). **The origins of law and economics** : essays by the founding fathers. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

CRESPO, Danilo Leme; FORTUNA, Marcelo F. A função punitiva do dano moral individual e coletivo: uma análise crítica de viés lógico-jurídico. In: **Revista de Direito Privado**. Vol. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2017.

DAS CHAGAS, Carola Alves; GUETTER, Cecília Leszczynski. Desconstruindo a Modernidade e repensando a justiça: as respostas da pós-Modernidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito, Felicidade e Justiça**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, e-book.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. Íntegra do documento disponível em <https://apambiente.pt/zdata/Politicass/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em 12/08/2019.

DECLARAÇÃO RIO-92. Íntegra do documento disponível em <<http://www.ecologiaintegral.org.br/Agenda21.pdf>>. Acesso em 21/08/2019.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou Direito de Danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: **Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014.

ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. Messina. Prevención de los daños: una tendencia en la responsabilidad civil moderna. **Jornadas de derecho civil**: Buenos Aires. Disponível em <<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Messina-de-Estrella-Guti%C3%A9rez-Graciela-1.pdf>>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. California Court of Appeal. 3d Division. Ford Motor Co x Home, 116 Cal. App. 3d374. Julgado em 02/02/1981. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/californiacalapp3d/116/374.html>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. Supreme Court of the United States. BMW of North America x Gore. 559 U.S., julgado em 20/05/1996. Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. Supreme Court of the United States. Day x Woodworth 54 U.S, julgado em dez/1851. Disponível em : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/case.html>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. Supreme Court of the United States. Pacific Mutual Life Insurance Company, x Cleopatra Haslip et al, 499 U.S, julgado em 25/06/1993. Disponível em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&ol=499&page=1>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. Supreme Court of the United States. State Farm Mutual Automobile Insurance Co x Campbell et. al, 408 U.S., julgado em 07/04/2013. Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/01-1289P.ZO>. Acesso em 20/12/2019.

EUA. Supreme Court of the United States. TXO Production Corp x Alliance Resources Corp. et al. 509 U.S., julgado em 25/06/1993. Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>. Acesso em 20/12/2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fins. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2015.

FARBER, Daniel A. Lessons from the BP Oil Spill. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n.3, v. 6, p, 232-245, out/dez. 2014.

FERREIRA, Keila Pacheco. Prevenção e responsabilidade civil: revisitando os aspectos teleológicos na primeira década do Código Civil. *in: Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.* (coord.). LOTUFO, Renan; ETORRE NANNI, Giovanni; MARTINS, Fernando Rodrigues. São Paulo: Atlas, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito.** Curitiba: Juruá, 2010.

FRIEDMAN, Lawrence. **A History of American Law.** New York: Simon & Schuster, 2005.

GABBA, Carlo Francesco apud VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro.** 5. ed. São Paulo: E.V. Editora, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil.** 6.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIORGIANNI, Micheli. **O Direito Privado e suas atuais fronteiras.** trad. Maria Cristina de Cicco. Revista dos Tribunais, v. 747, jan.1998.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem Causa.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano:** da lógica reparatória à lógica inibitória. Tese de Doutorado em Direito das Relações Sociais apresentada junto Universidade Federal do Paraná, 2015.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade Civil Punitiva:** os “*punitive damages*” no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigma da responsabilidade civil na contemporaneidade. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, a. 56, n. 364, fev. 2008.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5ª ed., 2014, e-book.

Indiana Code. Disponível em www.in.gov/legislative/ic/code/title34/ar51/ch3.html. Acesso em 15/09/2019.

INGLATERRA. House of Lords. Cassell & Co. Ltd. x Broome and Another, AC 1.027, 1973.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 5ªed. Paris : Dalloz, 2000.

Kansas Statutes Annotated. Disponível em http://kansasstatutes.lesterama.org/Chapter_60/Article_37/60-3701.html. Acesso em 15/09/2019.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? **Revista da faculdade de direito da UFRGS**. v.17, p. 46, 1999.

KLAR, Lewis N. New Zealand's Accident Compensation Scheme : a tort lawyer's perspective. **University of Toronto Law Journal**, v. 33, p. 80-108, 1983.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. Paris : Odile Jacob, 2000.

KRAUSE, Gustavo. A natureza revolucionária da sustentabilidade. *In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

KUHN, Thomas V. **La structure des révolutions scientifiques**. Paris: Champs Flammarion, 1983.

KUNG, Hans Jonas. **Projeto de Ética Mundial**. 2. ed. São Paulo: Paulinas, 1998

LAPTER, Alain J. How the Other Half Lives: Twenty Years Since Midler v. Ford, a Global Perspective on the Right of Publicity. In: **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 15, 2007. Disponível em http://ftp.documation.com/references/ABA10a/PDFs/1_7.pdf. Acesso em 10/08/2019.

Law comission for England and Wales consultation paper on aggravated, exemplary and restitutionary dammmages ». Disponível em www.laecom.gov.uk/docs/lc247.pdf. Acesso em 15/09/2019.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um Direito dos Danos a um Direito das Condutas Lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LEVY, Daniel de Andrade. **Uma Visão Cultural dos Punitive damages**. Revista de Direito Privado. vol. 45, Jan/ Mar. 2011.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 105, jan/dez. 2010.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para sua determinação**. Palestra proferida no Colóquio de título “Responsabilidade civil: novas perspectivas”, organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça Português, ocorrida nos dias 13 e 14 de Março de 2008. Disponível em [https://www.academia.edu/37199605/MEIRA LOURENCO P. A indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008](https://www.academia.edu/37199605/MEIRA_LOURENCO_P._A_indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008) >. Acesso em 20/09/2019).

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. v. XLIII, No. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito brasileiro. Brasília: **Revista CEJ**, n.º 28, jan./mar., 2005.

MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine essai d'un système unitaire. Paris: Sirey, 1937-1938.

MAZEAUD, Henri; TUNC, André; MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**: délictuelle et contractuelle. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1957.

MEKKI, Mustapha. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile. **Gazette du palais**: Recueil bimestral, v. 136, n.3, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira (et. al). **Curso de direito constitucional**. Ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

MÉSA, Rodolphe. La consécration d'une responsabilité civile punitive : solution au problème des fautes lucratives ? In : **Gazzete du Palais**, n. 325, nov. 2009.

MINAGÉ, Thiago M; LOPES, Karina C.B. Movimentos sociais em massa: o que e a quem temer? Direito ou dever do cidadão? In: SARMENTO, G.; CRUZ, A. C.; SEIXAS, T. M. **Direitos humanos fundamentais**: estudos sobre o artigo 5º da Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil**. t, 22. São Paulo: Borsoi, 1968, p. 183.

MOLFESSIS, Nicolas. **La réparation du préjudice extrapatrimonial**. Paris : Dalloz, 2009.

MOLLER, Erik et al. *Punitive damages* in financial injury jury verdicts. **Journal of Legal Studies**, v. 28, University of Chicago press, 1999.

MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, v.9, n.29, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 854, dez. 2006.

MORO, Adriana; NOELA, Invernizzi. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos. **Revista história, ciências e saúde**. Rio de Janeiro, v. 24, n.3, p. 603-622, jul.-set. 2017.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Multedo-e-Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em 14/04/2019.

NETTO, Salvador. **Responsabilidade penal da Pessoa jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, e-book.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações**, 4.ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

North Carolina General Statutes. Disponível em <http://law.onecle.com/north-carolina/1d-punitive-damages/1d-25.html>. Acesso em 15/09/2019.

North Dakota Century Code. Disponível em <<https://www.legis.nd.gov/general-information/north-dakota-century-code>>. Acesso em 15/09/2019.

Ohio Revised Code. Disponível em <http://codes.ohio.gov/orc/2315.21>. Acesso em 15/09/2019.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente. In: Carmen Lúcia Silveira Ramos (org.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **As fronteiras da responsabilidade civil e o princípio da liberdade**. Artigo ainda no prelo.

PICASSO, Sebastián. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. In: **Revista de Comunicación y Salud**, Madrid, volume IV, 2015.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard law review**, v.111, 1998.

POSNER, Eric. **The perils of global legalism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

PRATTE, Pierre. Le rôle des dommages punitifs en droit québécois. **Revue de Barreau**, Montreal, v. 59, aut. 1999.

PROROK, Johan. L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civile**, out./dez, 2018.

RADBRUCH, Gustav apud HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Madrid: Civilitas, 1995.

RICOEUR, Paul. **La responsabilité**: essai d'une analyse sémantique. Paris: ed. Esprit, 1995.

RIVERO, Jean. **Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales**. Madrid: CEC. 1984.

RODOTÁ, Stefano *apud* TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil**: a reparação e a pena civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSER, Max. **The short history of global living conditions and why it matters that we know it**. Disponível em <<https://ourworldindata.org/a-history-of-global-living-conditions-in-5-charts>>. Acesso em 19/01/2020.

SAMSON, Mélanie. Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et...révolution ? In : **Revue de Droit de L'université de Sherbrooke**, v. 42, jan/dez. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SAVATIER, René *apud* BLOCH, C. **La cessation de l'illicite**. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle, th. Préc, n° 224.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**: civil, administratif, professionnel, procédural, t. II, 2.ed. Paris: LGDJ, 1951.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª ed. São Paulo : Atlas, 2015.

SEBOK, Anthony J. *Punitive damages* in the United States. *In* : KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives. Tort and insurance law*, v. 25. New York : Springer Wien, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. Dissertação de mestrado em Direito civil apresentada junto à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). São Paulo, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30.ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SINTEZ, CiryI. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de docteur en droit. Montreal, dez. 2009.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris : Rodstein, 1947.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6.ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUSTEIN, Cass. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument". Disponível em <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html#1>> acesso em 27/06/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A liquidação do dano moral**, Ensaios Jurídicos – O direito em revista. IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica. v.2, Rio de Janeiro, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile? Paris: **Revue trimestrielle de droit civil**, 1999.

TIMM, Luciano Benetti; CARDOSO SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Contribuições da Análise Econômica do Direito para a proteção ambiental: o caso das normas promocionais. In: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (Coords.). **Temas de Direito ambiental econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, e-book.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Dott. A. Giuffré, 1961.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris : Economica, 1981.

UILAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de direito do Largo São Francisco (USP). São Paulo, 2003.

ULRICH, Beck. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra Modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A função punitivo-pedagógica da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais apresentada junto à Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

VILLEY, Michel. **La responsabilité à travers les âges**. Paris: Economica, 1989.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. Tradução de Paulo Cezar de Mello. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

VINEY, Geneviève. **Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile**. Recueil Dalloz, 2009.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité**, 2.ed. Paris: LGDJ, 2001.

YOSHIKAWA, Eduardo. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro à luz do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e do art. 944, caput, do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 35, São Paulo, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fragilità e forza dello stato costituzionale**. Roma: Editoriale scientifica, 2006.

